

المسؤولية التقصيرية عن فعل لغير ف الفقه الاسلامي المقارن

تأليف

الدكتور سيد أمين

استاذ الشريعة بكلية القانون جامعة الخرطوم

تمت الطبعة الاولى من الشريعة المقارن من كلية الحقوق جامعة القاهرة
في شهر رجب سنة ١٤٠٢ هـ الموافق ١٩٨٢ م
تمت الطبعة الثانية من قسم القانون في جامعة القاهرة سنة ١٤٠٣ هـ

المسؤولية التقصيرية عن فعل لغير ف الفقه الاسلامي المقارن

تأليف

الدكتور سيد أمين

استاذ الشريعة بكلية القانون جامعة الخرطوم

- دكتوراه في فقه الشريعة المقارن من كلية الحقوق جامعة القاهرة
- دبلوم «ماجستير» في الشريعة من كلية الحقوق جامعة القاهرة
- ماجستير في القانون من قسم القانون بمعهد الدراسات العربية العالية

الاهداء

إلى رجال الفكر ، الذين أضناهم السهر ، وأعيام الجهد ،
وأرهقهم التعب ، بحثًا عن آفاق المعرفة ، وأنوار الحقيقة ...

وإلى العلماء الذين يمجدون من سبقهم ، ويحبون من لحق
بهم ، ويخدمون أمتنا المسالمة الخالدة بصدق وصبر وإخلاص ...

إلى أولئك ... وإلى هؤلاء ... وإلى من يحبونهم ويحبون
من يقتنى أثرهم ، ويهتدى بهديهم ...

أهدى هذا الكتاب ؟

المؤلف

بسم الله الرحمن الرحيم

« كل نفس بما كسبت رهينة »

(قرآن كريم)

« لا ضرر ولا ضرار »

(حديث شريف)

« الضرر يزال »

(قاعدة فقهية)

بسم الله الرحمن الرحيم

فاتحة الرسالة

الحمد لله مدلل الصعاب ، والهيلاة والسلام على نبينا الهادى إلى
سبيل الرشاد .

وبعد فإن الشرائع من قديم الزمان حين تضع الأحكام والقوانين
والنظم تراعى مظاهر الحياة الاجتماعية للناس ، لهذا نجد أنها تتأثر بالمجتمع
وتؤثر فيه ، وفاقاً للناموس العام للحياة الاجتماعية التى تتقلب وتتغير ، بتغير
الزمان وتقلب الظروف والأحوال .

وإن هذا التغير — فى الغالب — تتعرض له ، أو بعبارة أوضح ، تتأثر
به بعض الأحكام الشرعية التى تسكون أكثر تعلقاً بحياة المجتمع دون
غيرها ، وذلك لأنها أكثر حساسية بالمظاهر الاجتماعية المتقلبة ، ومن هذه
الأحكام بلا ريب أحكام المسؤولية التقصيرية لاتصالها بتصرفات الناس
بعضهم مع بعض ، ولاتصالها بالأضرار التى تحدث من وقت لآخر من هم تحت
رقابتهم أو من عتسكاتهم أو من آلائهم الصناعية الحديثة التى ساعدت فى
تغيير المظهر العام للحياة الاجتماعية ، فلا عجب إذن أن تسكون أحكام
المسؤولية التقصيرية مرآة صادقة للمجتمع الذى تحكمه وصورة مصغرة
للظروف والأحوال التى شرعت لأجلها .

ولهذا فأننى سوف ألاحظ فى دراستى الأحكام التى وضعت للمجتمع
فى الماضى ، والأحكام التى يحتاج إليها مجتمع اليوم ، وسأحاول إعطاء
القارىء — ما أمكن — صورة صادقة عن المدى الذى وصلت إليه أحكام
المسؤولية التقصيرية فى الفقه الإسلامى ، كما سأحاول ربط تلك الأحكام

بزمانها ومكانها مع حساب المسافات الشاسعة التي تفرقها من عالم اليوم والقرون الطويلة التي تباعدها من تشريعات البلاد العربية في عصرنا الحاضر .

هذا ، وإذا رجعنا إلى الماضي أى إلى العصر الذي كان يعيش فيه فقهاء الإسلام الأوائل من المجتهدين ، وجدنا أن الظروف الاجتماعية والأحوال المدنية التي كانوا يعيشون فيها ليست كالتي نعيش فيها اليوم ووجدنا المسائل الفرضية التي كانوا يتصورون قضاياها والحوادث المختلفة التي كانوا يتخيلون وقائعها تحمل طابع الكثير من ظروف مجتمعنا هذا ، ووجدنا لو أنها تختلف عن لون الحوادث في حياتنا المعاصرة ، ولهذا لم يكن غريباً أن تتغير بعض الأحكام الفرعية لاختلاف الزمان والمكان بيننا وبينهم ، وما ذلك الاختلاف إلا لأن قانون الحياة جرى على أن حياة المستقبل دائماً متجددة وبالتالي فإن حياة المستقبل سوف لا تكون كحياتنا اليوم .

أهمية المسؤولية التقصيرية بوجه عام :

في تقديرى أن تحديدنا لفهم المسؤولية بوجه عام مهم لاسبها وهي الممر الطبيعي الذي يمكن أن تعبر منه المذاهب الفقهية الإسلامية والتشريعات الوضعية إلى وضع قانون مرتب متطور للمسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية ، فالمسؤولية بوجه عام هي : - (وضع قانون يحمل الفرد المدين بالإنزام أو جزاء معين أو بتعويض نتيجة فعله الضار أو تصرفه الذي رتب عليه التشريع آثاراً خاصة) .

والمسؤولية المدنية بوجه خاص وإن كانت نوعاً من الالتزام بتعويض خاص نتيجة فعل أو تصرف خاص مباشر أو غير مباشر إلا أنها مسألة تشريعية ينظمها الفقه والقانون ، ويضع لها شروطاً معينة ويحدد لها أحكاماً وحالات خاصة إلا أن هذه الشروط وتلك الحالات ما هي إلا ثمرة الأساس الدينى والفقهى والاجتماعى الذي تقوم عليه المسؤولية

المدينة وهذا الأساس يتصل اتصالاً وثيقاً بمشكلة الإرادة الفردية وحريتها أو عدم حريتها في التصرف، الأمر الذي اختلف فيه العلماء من قديم الزمان من حيث مبدأ وجودها، ومن حيث مدى خضوعها للظروف الخاصة وظروف المجتمع العامة، ومن حيث سيطرة الحياة الاجتماعية عليها، تلك السيطرة التي يمكننا أن نعتبرها سيطرة ضعيفة في أغلب الأحيان كاملة في بعض الأحيان، حتى أنها قد تصل إلى درجة لا تترك للفرد مجالاً لحرية أو لاختيار.

هذا، ومشكلة الإرادة الفردية، من حيث إدراك وقصد صاحبها لما يفعل وعدم إدراكه، ومن حيث تعدى صاحبها أو عدم تعديه، ومن حيث حرية تصرفه وعدم حريته، هي في الواقع جانب من جوانب المشكلة الكبرى التي تحاول أن تعالجها جميع المذاهب المعاصرة وحاولت قبلها دون شك الأديان السابقة والفلسفات الغابرة.

وهي بلا شك لا تزال مشكلة الفرد في علاقته بالمجتمع، وفي علاقته بغيره من مخلوقات هذا الكون الكبير.

وهي أيضاً مشكلة الدولة باعتبارها ممثلة المجتمع، في علاقتها بالإنسان وفي مدى السيطرة التي يمكنها أن تملكها على الأفراد، وفي مدى الإجراءات التي يمكنها أن تفرضها لحماية مصالحهم أفراداً، وفي دفع الخطر عنهم أفراداً وجماعات.

ومن هنا، كانت في نظري أهمية دراسة المسئولية بوجه عام والمسئولية المدنية بوجه خاص.

ولهذه الأهمية كان من الضروري العمل على تطوير الآراء والأفكار الخاصة بها حتى تصبح أحكامها الفرعية في مجموعها السكلي مرآة صادقة تعكس الصور الصحيحة لتطور أو تخلف المذاهب الاجتماعية والفلسفية في مجتمعاتنا المعاصرة، وحتى يمكن للشعوب العربية أن تتعاون على إيجاد

مجتمعات تسودها العدالة الاجتماعية ، العدالة الاجتماعية ^(١) التي تشجع الأمن والطمأنينة وتبعث القوة والروح في الجماعات وفي الأفراد .

خطة البحث :

المسئولية التقصيرية عن فعل الغير تشتمل على ثلاثة أنواع :

النوع الأول : الإنسان (الخاضعون للرقابة ، والتابعون) .

النوع الثاني : الحيوان (الأليف وغير الأليف) .

النوع الثالث : الجماد (المباني ، والآلات أو الأشياء) .

هذا ، وبحسنا في موضوع المسئولية التقصيرية سيكون بعون الله مقارنا من نواح ثلاث :

الناحية الأولى : دراسة الموضوع في بعض التشريعات الوضعية (وأهمها تشريعات البلاد العربية) واستخلاص المناسب من أحكامها للموازنة .

الناحية الثانية : دراسة الموضوع في أهم المذاهب الإسلامية على ضوء التنظيم والتبويب لقانون المسئولية التقصيرية الحديث واستخلاص الأحكام الصالحة للمقارنة .

الناحية الثالثة : مقارنة أحكام تلك التشريعات المعاصرة بمجموعة

(١) يراجع كتاب تنظيم الاسلام للمجتمع لأستاذنا الشيخ محمد أبوزهرة ص ٣١ ويراجع كتاب الدكتور توفيق الشاوي : المسئولية الجنائية في التشريعات المصرية الصفحات الأولى +

ويراجع كتاب الدكتور سليمان مرقص المسئولية المدنية ج ١ الصفحات الأولى .

ومتفرقة بالفقه الإسلامى لمعرفة مدى الاختلاف من هذه الناحية ،
بالقياس إلى حاجة بلادنا العربية فى الوقت الحاضر .
ولمعرفة تلك النواحي ولإبراز المقارنة سنقسم بحثنا إلى باب تمهيدى :
فى نظرية الإلتزام ومركز المسئولية التقصيرية منها ثم تطور المسئولية
التقصيرية التاريخى ، وأربعة أبواب هى :-

الباب الأول : فى الضمان وشروطه وأحكامه فى فقه الشريعة والقانون
الباب الثانى : فى مسئولية الإنسان عن فعل غيره (١) الإنسان فى فقه
الشريعة والقانون .

الباب الثالث : فى المسئولية عن فعل الحيوان فى فقه الشريعة والقانون
الباب الرابع : فى المسئولية عن فعل الجملاد فى فقه الشريعة والقانون .

ثم نختم تلك الأبواب بخاتمة نتبع فيها مراحل تطور المسئولية عن
فعل الغير فى بعض قوانين البلاد العربية ، ونأتى بعد ذلك بالمواد (الخاصة
بالموضوع) التى نقترحها .

هذا ، ويسرنى إذ أقدم هذا البحث المتواضع أن أبين للقارىء الكريم
أننى انتهجت فيه طريقة المقارنة لا لغرض المقارنة وإنما لغرض آخر هو
توضيح الفكرة الفقهية وتحديد الآراء المختلفة ، ولذا تجدنى تحف من
بعض الشروط اللازم توافرها للمقارنة ، وتعمدت أن أقتصر فى بحثى
بالنسبة للفكرة فى الموضوع على النصوص الفقهية ، كما اهتممت أن تكون

(١) تنبيه : ان استعمالنا لعبارة (عن فعل الغير) يدخل فى معنى لفظ
الغير منها - الانسان والحيوان والجمادات المختلفة التى لا تسأل عن الاضرار
التي تقع منها على الغير ويكون تعويض ضررها على الغير أى على كل شخص
تمكن مطالبته « شخصيا أو فى ماله » بالتعويض لجبر الضرر الذى يلحق بالغير
سواء وقع الضرر مباشرة أو تسببا .

مراجعي هي السكتب الفقهية المعروفة في المذاهب الإسلامية المشهورة ،
كما تجدني لاحظت الأحكام الفرعية الموضوعة لمجتمع الماضي وحاولت
ربطها بمجتمع اليوم مع حساب للقرون الطويلة التي تفرق وتباعد بينها
وإلى هنا يجب أن أسارع فأعترف بأن هذا البحث ما هو إلا محاولة
للتأليف بين النصوص الفقهية لتكوين أحكام عملية (في خاتمة المطاف)
مقترحة تعتمد على أقرب المذاهب الإسلامية لروح العصر من غير استهواء
أو أسلوب حكيم ، أو دقة في التقنين ، وإنما اقتصرنا فيها على ما تظهر لي وجهته
من الأحكام مع الاعتناء ببيان ملاحظاتي وأبداء رأي عند الحاجة .

وقبل أن أختتم افتتاحيتي هذه يجب أن أعترف أيضاً بأن موضوع
المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي الذي لم يأخذ حظه
من الدرس والبحث الكافي ، قد سبقني إليه أساتذة فضلاء كانت كتبهم
لرسالتى هذه ضوء الطريق .

ولا يفوتني أن أخص بالشكر الوفير أستاذنا الشيخ محمد زكريا
البرديسي وأستاذنا الدكتور عبد المنعم فرج الصدة حفظهما الله لعنايتهما
بمراجعة الرسالة وتوجيهاتهما القيمة التي كان لها أفضل الأثر وكبير النفع ، كما
لا أنسى لأستاذنا الكبير الشيخ محمد أبو زهرة ما حيت نصحه العلي
الخالص وكذلك أستاذنا الشيخ محمد سلام مذكور الذي كان لاهتمامه بي
أطيب الأثر في نفسي ، فلمهم ولمن أسهم بالمعاونة وأخص بالذكر الأستاذ
كامل السيد شاهين ، ولأستاذ الشيخ محمد المبارك عبد الله شكري
وتقديرى .

الباب التمهيدي

نظرية الالتزام ومركز المسؤولية التقصيرية منها

مُحرر :

ان الفقه في الشريعة الإسلامية يبحث في الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية ، سواء منها ما يتعلق بأمور الآخرة كالعبادات ، وما يتعلق بأمور الدنيا كالعقوبات والمناكحات والمعاملات وبعض الفقهاء يسمي ما يتعلق بأمور الدنيا بالمعاملات ، وتبحث المعاملات عندهم في المعاوضات المالية والمناكحات والمخاصمات والأمانات والتركات (١) .

أما القانون المدني فإنه يبحث في القوانين التي تنظم علاقات الأفراد بعضها مع بعض ، سواء منها ما يتعلق بالأحوال الشخصية التي تنظم علاقة الفرد بأسرته وقواعد المعاملات التي تنظم علاقة الفرد بغيره من الأفراد من حيث المال . والذي يظهر لنا من تقسيم الفقه في الشريعة الإسلامية أن المناكحات (٢) (وهي تبحث في الزواج والطلاق وما يتفرع عنهما كالنسب والنفقة والحضانة والولاية والإرث) ، والمعاملات (٣) (وموضوعها البحث في الأموال وما يتعلق بها من حقوق وعقود كأحكام البيع والإجارة والهبة والإعارة والكفالة) هما اللذان يسميهما علماء القانون الوضعي بالقانون المدني إلا أن المجموعة المدنية في أغلب البلاد العربية قد سكنت

(١) يراجع رد المحتار على الدر المختار ج ١ ص ٨١ •

(٢) يراجع كتاب الأحوال الشخصية لأستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة •

(٣) يراجع كتاب أستاذنا الدكتور عبد المنعم فرج الصدة في مصادر

الالتزام •

ويراجع أيضا كتاب أستاذنا الشيخ علي الحفيف في المعاملات فيما

يتعلق بهذا الموضوع •

عن تنظيم الأحوال الشخصية وتركبتها خاضعة لأحكام التشريع الإسلامى والشرائع الدينية الأخرى ولهذا نجد الأحكام الخاصة بها تختلف باختلاف الأديان والمذاهب فى البلاد العربية (١) .

هذا والمجموعة المدنية اهتمت بالمعاملات التى تنظم علاقة الأفراد بعضهم مع بعض من حيث المال وعرف رجال القانون المدنى المال بأنه الحق الذى يمكن تقويمه بالنقد وقسموه إلى حق شخصى وحق عينى (٢) وحق معنوى (٣) ، والحق عندهم هو عبارة عن مصلحة ذات قيمة مالية يقرها الشرع .

فالحق الشخصى هو عبارة عن رابطة بين شخصين : دائن ومدين يخول

(١) وردت فى مصر أحكام قانونية خاصة بالأسرة مثل المواد (٢٩-٣٢ مدنى) الخاصة ببدء الشخصية وانتهائها والمواد (٣٤ - ٣٩ مدنى) الخاصة بالقرابة والمواد (٤٤-٤٨) الخاصة بالأحكام الأساسية فى الأهلية - وقانون الموازيت رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ الذى يخضع لأحكامه جميع المصريين، وقانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ المعدل بقوانين لاحقة صدرت فى سنة ١٩٥٤ والغت نظام الوقف على غير الحيرات وقانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ المعدل بمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال (ألغى هذا المرسوم بقانون الكتاب الأول من قانون المحاكم الحسبية) وكذلك المرسوم بقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ بتقرير سلب الولاية على النفس +

(٢) يراجع الوسيط ج ١ ص ١٠٣ جاء فيه :

«الحق العينى هو عبارة عن سلطة معينة يعطيها القانون لشخص معين

على شئ معين مثل حق الملكية وحق الانتفاع والارتفاق + + + »

(٣) يراجع مصادر الالتزام للأستاذ الدكتور الصدر طبعة ١٩٦٠

جاء فيه « والحق المعنوى هو سلطة الشخص على شئ غير مادى هو ثمره فكره أو خياله أو نشاطه كحق المؤلف فى مؤلفاته العلمية ، وحق الفنان فى مبتكراته الفنية ، وحق المخترع فى مخترعاته الصناعية + + + »

القانون للدائن مطالبة المدين باعطاء شيء ، أو القيام بعمل ، أو الامتناع عن عمل كحق مشترى العقار قبل البائع الذى يلتزم بنقل الملكية وحق المستأجر قبل المؤجر الذى يلتزم بالتسكين من الانتفاع بالعين المؤجرة ، وحق شخصى قبل آخر يلتزم بعدم البناء فى مساحة معينة ، ويقال لهذا الحق الالتزام ، وهو الذى تهمنا دراسته ، ويقال فى تعليل استعمال كلمة «التزام» وعبرة حق شخصى ، أن رابطة الالتزام ، أو رابطة الدائنية الى تقوم بين الدائن والمدين ، إذا نظرنا إليها من جهة الدائن كانت حقا وإذا نظرنا إليها من جهة المدين كانت التزاما .

ولفظ الالتزام شاع استعماله أكثر من الحق الشخصى حتى أن المشرع يستعمل غالبا فى نصوصه مادة الالتزام دون تعبير الحق الشخصى .

أما رجال الفقه الإسلامى فقد عرف الشافعية منهم المال بأنه الشيء الذى له قيمة يباع بها ويلزم متلفه (١) .

وعرفه الحنفية بأنه الشيء الذى يمكن صيانته ، (٢) وإدخاره لوقت الحاجة ، واستنتج الأحناف من هذا التعريف أن المنافع كحق السكنى والاستئجار لا تعد أمرا لا ، لأنها غير قابلة للإدخار لأنها أعراض لا تبقى وقتين ، إلا أنهم استثنوا من هذا الاستنتاج المنفعة فى عقد الإجارة «استحسانا وخالفوا بذلك القياس عندهم للضرورة والحاجة . وأما الشافعية

(١) يراجع كتاب الاشباه والنظائر ص ١٩٧ للسيوطى الشافعى

ويراجع المدخل للفقه الإسلامى للاستاذ مذكور ص ٤٦٩

(٢) يراجع المبسوط ج ١١ ص ٧٨ وما بعدها .

جاء فيه : أن صفة المالية للشيء إنما تثبت بالتمول ، والتحول صيانة الشيء وإدخاره لوقت الحاجة ، والمنافع لا تبقى وقتين ولكنها أعراض كما تخرج من حيز العدم الى حيز الوجود تتلاشى فلا يتصور فيها التمول .

والحنابلة ومن وافقهما فإن المنفعة عندهم مال متقوم يضمن بالاتلاف كأمين،
والحق مع الشافعية لأنهم أقرب إلى ما يوافق حاجات الناس في حياتهم.
الاجتماعية والاقتصادية، ولأن المنافع عنصر أساسى فى تكوين قيمة الأشياء
بين الناس (١).

هذا، والمنافع (٢) أموال أيضاً عند الرومان وفى القوانين المعاصرة .
وقد وضع الفقهاء فى الشريعة للمال شروطاً أربعة هى :

١ - أن يكون شيئاً يميل طبع الإنسان إليه أى ذا قيمة فتخرج الجيفة
وتحوها بهذا الشرط .

٢ - أن يكون قابلاً للإدخار إلى وقت الحاجة وبهذا الشرط يخرج
الأحتاف المنافع لعدم قابليتها للإدخار .

٣ - أن يباح الانتفاع به وبهذا الشرط تخرج الخمر والخنزير لحرمتهما
على المسلمين .

(١) يراجع كتاب قواعد الاحكام للعزبن عبد السلام ج ١ ص ١٧٢ .
جاء فيه : فى معنى أن المنافع تكون القيمة المالية وأنها هى « .. الغرض
الظاهر من جميع الاموال » .

(٢) والاعيان المتقومة تعتبر أموالاً عند فقهاء المسلمين ماعدا الخمر والخنزير
فأنهما ليسا مالا عند أبى خنيفة ومالك بالنسبة للمسلمين ويعتبران مالا فى
حق غير المسلمين كأهل الذمة . خلافاً للشافعى وابن حنبل وأبى ثور وأتباع
المذهب الظاهرى ، فأنهما لا يعتبران مالا متقوماً لا بالنسبة الى المسلمين ولا
بالنسبة الى غيرهم .

٤ - أن يكون محرزا^(١) فيخرج السمك في البحر والطيور في الهواء .
لأنه غير محرز .

هذا ويقسم فقهاء الشريعة الأموال قسمين :

١ - منقولات وهي : ما يمكن نقله من محل إلى آخر كالنقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات . . . الخ .

٢ - غير منقولات وهي ما لا يمكن نقله من محل إلى آخر كالعقارات .
فحق الملك فيها يسمى عند رجال القانون حق عيني لعلاقته بعين العقار ،
وإن كان المنقول قد يرد عليه الحق العيني .

والقسم الأول هو الذي يتكوّن منه الحق الشخصي أو الالتزام على
حد تعبير رجال القانون وذلك للروابط الشخصية بين الدائن والمدين .

١ - (١) يراجع المبسوط ج ١٦ ص ١٠٢ فما بعدها .

والمحلى لابن حزم ج ٨ رقم ١٢٦٦ .

وشرح الخرشي ج ٤ ص ٣٥١ .

والمغني ج ٥ ص ٤٤٢ .

- ومجلة الأحكام العدلية مادة ١٢٦ و ١٢٧ .

الفصل الأول

نظرية الالتزام :

المبحث الأول — تعريف الالتزام في الشريعة

استعمل فقهاء الشريعة الإسلامية لفظ الالتزام (١) مرادفاً

(١) ما جاء في بعض كتب الفقهاء خاصا باستعمال لفظ التزام :
أ — استعمل العزيز عبد السلام المالكي لفظ الالتزام فقال في كتابه قواعد الأحكام ج ٢ ص ٧٨ طبعة ١٩٣٤ في تقسيم الحقوق أن العوضين في البيع ان كانا ديناً •

« فهو مقابلة دين بالتزام دين ••• وان كان المبيع عينا والثلثين ديناً ، كان التزام الدين في مقابل نقل ملك العين » •
ب — وجاء في المبسوط للسرخسي من الأحناف ج ٢٧ ص ١١ طبعة ١٩٣٤ م :

« العبد بالتزام ضمان المال كالحر ••• وفي التزام ضمان الجناية على النفس هو كالمحجور عليه » •

ولا يخفى ما في هذه العبارة من الالتزام بالضمان بحكم الشارع •
وجاء في ج ٢٤ ص ١٦٩ منه :

« فأما الزيادة على ذلك (ويعنى على مهر المثل للمريض المدين) فالتزام بالتسمية فلا تثبت هذه الزيادة » •

ج — وجاء في كتاب المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٧٠ طبعة ١٩٤٦ ، في تعريف الضمان ما نصه :

«الضمان ضم ذمة الضامن الى ذمة المضمون عنه في التزام الحق ، فتثبت في ذمتهمما جمعاً » •

ويقول المغنى في صدد ضمان الاعيان أيضا ج ٥ ص ٧٥ « الضمان =

لعبارة الحق الشخصي عند رجال القانون الوضعي كما استعملوا ألفاظاً أخرى كالضمان والتغريم والموجب^(١) والدين وغيرها .

هذا، ولقد استعمل بعضهم كلمة الموجب بدلا من الالتزام ولعله عربها من كلمة obligation في اللغة الانجليزية، ومعناها الحق الشخصي الذي يربط بين شخصين فأكثر برباط قانوني على وجه الالتزام بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل .

وقديماً استعمل فقهاء الشريعة الإسلامية لفظ الموجب بالكسر والفتح بمعنى من يوجب العقد أخذاً من الإيجاب وهو الكلام الصادر من أول المتعاقدين. وكذلك استعملوه بمعنى ما يوجب التضمين. ولهذا فإن استعمال الدكتور صبحي الحمصاني للفظ بمعنى الالتزام يجعل للفظ أكثر من معنى

= في الحقيقة إنما هو ضمان أستفادها وردها والتزام تحصيلها أو قيمتها عند تلفها وهذا مما يصح ضمانه كعهدة البيع فإن ضمانها يصح وهو في الحقيقة التزام رد الثمن أو عوضه ان ظهر بالبيع عيب أو خرج مستحقاً .
د - وجاء في كتاب التحرير المختار ج ٢ ص ١٧٣ طبعة ١٣٢٣ هـ مقاله الرافعي الشافعي في الكفالة والحوالة :

« ان الكفالة والحوالة من الالتزامات التي لا يحلف بها » :

١ - يراجع المبسوط ج ١١ ص ٥٧ . والمصباح مادة « وجب » ورد المختار ج ٤ ص ٥٠٧

ويراجع كتاب الموافقات ج ١ ص ١٥٦ - ١٥٧ .

وخلاصة ما فيه أن علماء الأصول قسموا الواجبات والحقوق الى محدودة وغير محدودة فالواجبات والحقوق غير المحدودة هي ما كانت غير مترتبة في ذمة الانسان ، مثاله «الصدقات المطلقة وسد الخلاف ودفع الحاجات واغاثة الملهوفين وانقاذ الغرقى .. الخ» أما الواجبات والحقوق المحدودة فهي ما لزمته ذمة المكلف وهي على ضربين، أوأهما ما كان من حقوق الله كالصلاة والصيام والحج ، والثاني ما كان ديناً على امرئ نحو امرئ آخر حتى يخرج عنه =

اصطلاحى ، الأمر الذى يضعف قوته فى التعبير عن المعنى المراد له .

وعرف الفقهاء المحدثون الالتزام بأنه يطلق بطريق الاشتراك على أحد معنيين معنى خاص ومعنى عام فتعريفه بالمعنى الخاص هو « إيجاب الإنسان شيئاً من المعروف على نفسه مطلقاً أو معلقاً ولا يتم إلا بالحيازة وتبطله الموانع قبل الحيازة » ، والالتزام على هذا التعريف عام فى جميع التبرعات على مذهب مالك .

وتعريفه بالمعنى العام « إيجاب الإنسان أمراً على نفسه إما باختياره وإرادته من تلقاء نفسه ، وإما بالزام الشرع إياه فيلتزم به ، امتثالاً وطاعة لأمر الشارع والالتزام على هذا التعريف يتزعمه الحنفية ^(١) وهذا التعريف يتفق تمام الاتفاق مع التعريف الذى سيأتينا فى القانون .

وهناك تعريف آخر للالتزام وهو « كون الشخص مكلفاً شرعاً بعمل أو بالامتناع عن عمل لمصلحة غيره » ^(٢) .

تعريف الالتزام فى القانون :

يعرف فريق من القانونيين الالتزام بأنه :
« رابطة قانونية محلها عمل أو امتناع عن عمل ذى قيمة مالية أو أدبية

= كائمان المشتريات وقيمة التلغات وما أشبه ذلك » وهذا الضرب الثانى من الحقوق يقابل الحق الشخصى أو الالتزام عند القانونيين .

والمدخل الى نظرية الالتزام للزرقاء ص ٩١ .

(١) مذكرة فى بيان الالتزامات فى الشرع الاسلامى لأحمد ابراهيم ص ٢١

(٢) يراجع المدخل الى نظرية الالتزام العامة فى الفقه الاسلامى

للزرقاء ص ٩١ طبعة دمشق سنة ١٩٥٨ .

بمقتضاها يلتزم شخص نحو شخص آخر موجوداً أو سيجود^(١)، ومثله
تعريف الالتزام بأنه :

« رابطة قانونية توجب على شخص معين أن ينقل حقاً عينياً أو أن
يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل^(٢) » .
ويعرفه فريق آخر بأنه :

« حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني ، أو
بالقيام بعمل ، أو الامتناع عن عمل^(٣) » .
ومثله تعريف الالتزام بأنه :

« حالة قانونية يوجد فيها شخص معين ، وتوجب عليه أن ينقل حقاً
عينياً . أو أن يقوم بعمل ، أو أن يمتنع عن عمل^(٤) » .
هذا والالتزام^(٥) له مظهران هما :

-
- (١) نظرية الالتزام للدكتور حشمت أبو ستيت ص ٢٢ ومثله عبد
الحى حجازى فى النظرية العامة للالتزام ج ١ ص ٣٨ .
(٢) مصادر الالتزام للدكتور الصدة ص ١٨ ومثله جمهور الفقهاء
الفرنسيين .

- (٣) الوسيط ج ١ ص ١١٤ للدكتور السهورى .
(٤) أصول الالتزام ص ١٩ للدكتور سليمان مرقس .
(٥) الذى يظهر لنا أن استعمال التزام أفضل من استعمال كلمة العهد
التي جاءت فى القانون الأهلى المصرى القديم فى المادة ٩٠ وقد استعملتها مجلة
الأحكام العدلية بمعنى العهد عند تعريف العقد فقال فى المادة ٩٠ «العقد التزام
المتعاقدين وتعهدهما أمرا الخ » والالتزام وإن كان فى الشريعة فيه معنى
التعاقد والالتزام بالارادة المنفردة اختياراً الا أنه ليس هنا لك ما يمنع لغة
أو اصطلاحاً أن يدل لفظ الالتزام على باقى أنواع الحقوق الشخصية المختلفة =

(١) مظهر شخصي باعتبار أن الالتزام رابطة بين طرفين هما الدائن والمدين أو الضامن والمضمون له ، إلى هذا المظهر ذهبت الشريعة الرومانية التي كانت صاحبة أصل نظرية الالتزام . وأيضاً ذهبت إليه القوانين المشتقة منها وأصحاب التعاريف للالتزام بأنه رابطة قانونية لأن الرابطة لا تقوم إلا بين شخصين .

(٢) ومظهر مادي باعتبار شغل الالتزام للذة بعمل إيجابى أو سلبى . وذهب إلى هذا المظهر القانون الألماني ، وإن هذا المظهر يغلب في الشريعة الإسلامية لأن نزعتها مادية بوجه عام وذهب إليه الذين عرفوا الالتزام بأنه حالة قانونية .

هذا ، والذي يلاحظ على تعريف الالتزام في الفقه الإسلامى :

١ - أن لفظة التزام تصلح للتعريفين العام والخاص المتقدم ذكره

٢ - وتعريف الالتزام بالمعنى الخاص المعروف عند المالكية الذى ذكره الخطاب فى كتابه المسمى بالالتزامات هو تعريف بعيد عن معنى الالتزام عند القانونيين .

٣ - والتعريف بالمعنى العام المذكور سابقاً لا يحوى شرطاً لعدم جواز العدول ولا اشتراطاً للبالية فى الملتزم بالإضافة إلى ما فيه من تطويل لا داعى له .

= التى تثبت فى ذمة امرئ نجو امرئ آخر » ♦

جاء فى المصباح المنير ص ٨٥١ فى لزوم : «لزم الشيء يلزم لزوماً ثبت ودام ويتعدى بالهمزة فيقال : الزمته أى أثبتته وأدمته ، ولزمه المال وجب عليه ولزمه الطلاق وجب حكمه وهو قطع الزوجية والزمته المال والعمل وغيره فالتزمه ، ولازمت الغريم ملازمة والزمته أيضاً تعلقت به ولزمت به كذلك والزمته اعتنقته فهو ملتزم » ♦

٤ - أما التعريف الشرعى الثانى للالتزام فانه يلتزم اشتراط وجود الدائن وقت نشأة الالتزام ومن الممكن الاستغناء فيه عن عبارة « لمصلحة غيره » . وفيما عدا ذلك هو تعريف دقيق .

وبلاحظ على تعريف الالتزام فى القانون الوضعى :

١ - أن التعاريف السابقة تسكاد تكون نسخة واحدة متكررة مع اختلافات بسيطة فى التقديم والتأخير وتطويل سببه التفصيل الزائد ومن الممكن اختصاره بالاستغناء عن عبارة « أن ينقل حقاً عينياً ، لأن ذلك داخل فى القيام بعمل والاستغناء عن عبارة « ذا قيمة مالية أو أدبية » لأنه وصف للعمل ولا داعى له وفيما عدا ذلك فإن التعريف القانونى للالتزام دقيق وواضح .

٢ - وهى جميعاً تلتقى فى معنى واحد للالتزام وإن كانت تختلف باختلاف النزعة الشخصية والمادية ودقة التعبير عن المراد .

ومن الممكن أن يعرف الالتزام فى الشريعة بأنه :

« تكليف شرعى بالقيام بعمل أو بالامتناع عنه »

وأساس هذا التعريف العقيدة الدينية التى تبرر الالتزام وتهدف إلى إقامة مجتمع نظيف فاضل يراعى ضرورات الحياة الاجتماعية ويشرع لنا أحكاماً يوجب علينا احترامها بكل إرادتنا والوفاء بتنفيذها وحمايتها بإخلاص وصدق .

أهمية نظرية الالتزام^(١) :

إن نظرية الالتزام مهمة جداً لفهم القانون المدنى كأهمية العمود

(١) فى نظرية الالتزام ينقسم البحث الى قسمين :

١ - القسم الأول : مصادر الالتزام =

(٢ - المسئوليات)

الفقرى لجسم الإنسان ، ويجعل لها «تارده» Tarde في علم القانون مكان نظرية القيمة في علم الاقتصاد السياسي وأن رجال القانون يجدون فيها أفسح مجال للسمو بالمنطق القانوني إلى أرفع مكان ، ومن رجال القانون من بالغ فوضع لها أسماً رياضياً يضاهي بها النظريات الهندسية^(١) .

عناصر الالتزام :

إن فقهاء الشريعة الإسلامية قد عبروا أحياناً كثيرة عن الدائن بالطالب وعن المدين بالمطلوب^(٢) .
كما عبروا أيضاً عن الدائن المنتزم له بالمضمون له والمدين المنتزم بالضامن ،
ومحل الالتزام بالمضمون به .

= ٢ - القسم الثاني : أحوال الالتزام أو أحكام الالتزام وهي خمسة : -

أ - الالتزام كالتنفيذ ♦

ب - أوصاف الشرط والاجل ♦

ج - انتقال الالتزام عن طريق حوالة الحق وحوالة الدين ♦

د - اثبات الالتزام بالبينات وغيرها ♦

هـ - انقضاء الالتزام بالوفاء أو الإبراء أو التقادم ♦

(١) يراجع الوسيط ج ١ ص ١١٤ ♦

(٢) البدائع ج ٧ ص ١٦٧

جاء فيها : « ... الطالب المتلف عليه برئت ذمة المطلوب وهو المتلف » .

البدائع ج ٧ ص ١٧٣ أيضاً ♦

رد المحتار ج ٤ ص ٦١٣ ♦

جاء فيها « شهدوا على أنه أبرأه من الدين ، ثم مات الغريم مفلساً ثم رجع

لم يقض من للمطالب ، لأنه توى مآذيه بالافلاس » ♦

هذا ، ولفظة الضمان وإن كانت تستعمل بمعنى الغرامة فقد استعملها فقهاء الحنابلة وغيرهم بمعنى الكفالة والتعبير بالضمان في نظري له مميزات منها ، أن فيه من القوة ما يوازي الالتزام ، وأنه يتفق مع الالتزام أيضاً في المعنى اللغوي ^(١) .

هذا ، ومن الممكن أن نقول بأن عناصر الالتزام ثلاثة في الفقه الإسلامي : المدين الملتزم والدائن الملتزم له ومحل الالتزام وهو الدين الملتزم به ، ومن الممكن التعبير عن المدين بالمطلوب أو الضامن وعن الدائن بالطالب أو المضمون له وعن الدين بالمطلوب أو المضمون به .

أما في القانون فإن عناصر الالتزام هي : —

- (١) الملتزم وهو المدين .
- (٢) الملتزم له وهو الدائن .
- (٣) محل الالتزام وهو الدين .

والذي يظهر لنا من عناصر الالتزام في الشريعة والقانون أنها متفقة في أن المديونية هي العنصر الأساسي في الالتزام . وأما المسؤولية التي تترتب على الدين فإنها ليست إلا وسيلة لأعمال المديونية يتمكن الدائن بواسطتها من الحصول على دينه ، لأن الالتزام عادة لا يكمل إلا إذا اشتمل على عنصر المديونية وعنصر المسؤولية .

(١) المصباح المنير مادة ضمن *

جاء فيه « ضمننت المال وبه ضمائنا فأنا ضامن وضمين والتزمته .
ويتعدى بالتضعيف فيقال : ضمننته المال الزمته إياه » *

المبحث الثاني

مصادر الالتزام في الشريعة :

للشريعة مصدر واحد للالتزام هو الإرادة فقط، تضاف هذه الإرادة إلى الشخص فيكون من مظاهرها العقد مثلاً وتضاف إلى المشرع فيكون مظهرها الشرع كالعقوبة على محرم مثل القصاص والتضمين .

ويعبر الفقهاء عن أثر هذه الإرادة بالتصرفات الشرعية ، والتصرف في اصطلاحهم هو كل عمل ينشئ الالتزام وينتج أثراً شرعياً ، والتصرفات عندهم نوعان : تصرفات قولية وتصرفات فعلية فالتصرفات القولية تشمل العقود وما يشبهها كالوقف والنذر وعمل الفضولي وما إلى ذلك ، والتصرفات الفعلية كالأفعال التي تكون سبباً للضمان كاتلاف مال الغير أو غصبه (١) .

وعليه يمكننا القول بأن مصدر الالتزام في الفقه الإسلامي هو إرادة الإنسان المعبر عنها بالتصرفات القولية الثنائية الطرف كالعقد أو وحيدة الطرف كالوصية والنذر ونحوه، وإرادة الله التي يعبر عنها بالشرع كالعقوبة على محرم مثل القصاص والتضمين ، أو كالتكليف بواجب كالنفقة (٢) .

وقد صرح بعض فقهاء (٣) الشريعة المحدثين بأن مصدر الالتزام هو

(١) يراجع البدائع ج ٧ ص ١٧١ .

(٢) مذكرة في بيان الالتزامات في الشرع الإسلامي للشيخ أحمد إبراهيم ص ٣٦ و ٣٧ .

(٣) المدخل إلى نظرية الالتزام العامة للزرقاء ص ٩٥ . وأيضاً المدخل للفقه الإسلامي لأستاذنا الشيخ محمد سلام مذكور .

سببه ، فالعقد سبب الأحكام التي تنشأ عنه وهو مصدر للالتزام قال بعضهم :

« مصدر الالتزام هو السبب الشرعى الذى أنشأ الالتزام فالالتزام المشتري بدفع الثمن مصدره عقد البيع والتزام من صدر عنه فعل ضار قصداً أو خطأ وألزم بجبر الضرر باصلاح ما أتلفه أو بضمان مثله أو بقيمته هو فعله الضار بغيره ، والتزام الأب بالنفقة على أولاده مصدره الشرع مباشرة . » (١)

وعلى ذلك تكون مصادر الالتزام هى العقد والإرادة المنفردة والعمل الضار والشرع . . . الخ .

مصادر الالتزام فى القانون

إن مصدر الالتزام فى القانون هو الواقعة القانونية أو السبب القانونى الذى يرتب عليه القانون أثراً معيناً هو نشوء ذلك الالتزام ، والواقعة القانونية عندهم هى أى حادثة إرادية أو غير إرادية يكون من شأنها أن تعدل الوضع القانونى القائم ، وبعبارة أخرى هى أمر يحدث يرتب عليه القانون أثراً — وتنقسم الواقعة إلى طبيعية كغروب الشمس وانفجار آلة والولادة والموت ، وإلى وقائع من فعل الانسان بإرادته أو بغير إرادته سواء كانت أعمالاً مادية كاصلاح حائط الجار ، أو اصطدام سيارة بأحد المارة أو تصرفات قانونية كالعقد (٢) . .

والمصادر التى يقول بها أغلب الفقه القانونى الحديث هى :

-
- (١) مذكرة فى بيان الالتزامات المشيخ أحمد إبراهيم ص ٣٣
(٢) يراجع كتاب الأستاذ الدكتور الصدة فى مصادر الالتزام ص ٣٨

١ - العقد .

٢ - الإرادة المنفردة .

٣ - والعمل غير المشروع .

٤ - الإثراء بلا سبب .

٥ - القانون .

ومذه الأقسام الخمسة لمصادر الالتزام تغلب عليها الصبغة العملية وهي مستخلصة من التبويب الذى اتبعه القانون الفرنسى .

وهناك تقسيم ثنائى قال به الأستاذ جشمت أبوسيت والاسستاذ بهجت بدوى^(١) إذ يقسمان مصادر الالتزام إلى الإرادة والقانون ؛ وقد لوحظ على رأيهما هذا أنه فى الالتزام الارادى يجعلان للدين مصدراً وللسبئية مصدراً آخر والصحيح أن مصدرهما واحد وهو الإرادة^(٢) .

هذا ، ولإرجاع المصادر الخمسة المتقدم ذكرها إلى أصول عليية منطقية يجب أن تعرف أن الوقائع التى هى مصادر الروابط القانونية إما أن تكون طبيعية أو اختيارية ، والوقائع الاختيارية إما أن تكون أعمالاً مادية أو أعمالاً قانونية والأعمال القانونية إما أن تكون صادرة من جانب واحد أو صادرة من الجانبين ، والقانون من وراء كل ذلك يحدد الآثار القانونية التى تترتب على الوقائع والأعمال جميعاً .

فالوقائع الطبيعية كالجوار والقرابة يرتب عليها القانون التزامات معينة لاعتبارات ترجع للعدالة والتضامن الاجتماعى ، لذلك يصح إسناد هذه الالتزامات للقانون مباشرة فيكون هو مصدرها .

(١) أصول الالتزامات للدكتور بهجت بدوى فقرة ٢٥ - ٢٨ .

(٢) الوسيط ج ١ ص ١٢٨ فى الهامش .

والأعمال المادية قسمان :

القسم الأول : أعمال غير مشروعة تصدر من المدين ... فتفقر الدائن

دون حق فيلتزم المدين بالتعويض ومصدر هذا الالتزام هو العمل
المادى الضار .

القسم الثانى : أعمال مشروعة تغنى المدين على حساب الدائن
فيلتزم المدين أن يرد ما اغتنى به ومصدر هذا الالتزام هو العمل
المادى النافع .

والأعمال القانونية إما أن تكون صادرة من الجانبين وهذا هو العقد،
أو صادرة من جانب واحد وهذه هي الإرادة المنفردة ، وتقابل الأعمال
القانونية الأعمال المادية ، ويدخل فيها العمل غير المشروع والإثراء بلا
سبب ، وكل من الأعمال القانونية والأعمال المادية اختيارية تقابلها الوقائع
الطبيعية وهذه هي التى تنسب للقانون^(١) .

مصادر الالتزام وترتيبها فى فقه الشريعة الاسلامية والقانون :

إن مصدر الالتزام فى فقه التشريع الإسلامى لا يخلو من أن يكون :
(١) عملاً يباشره الإنسان باختياره فيوجب به حقاً على نفسه يقره
الشرع ، ويجب عليه الوفاء به .

ويتناول هذا المصدر الاختيارى كل التصرفات ، سواء كانت بين
شخصين أو صادرة من شخص واحد .

(٢) أو عملاً يوجبه الشرع ابتداءً لحكمة يقتضيهما التشريع والعدل الإلهى
ويتناول هذا المصدر الجبرى ، ما أوجبه الشرع ابتداءً مباشرة مثل

(١) يراجع الوسيط ج ١ ص ١٣٣ .

نفقات الأقارب ، والفعل الضار وضمائه والفعل النافع ، وذلك لأن الشارع يفرض على القريب نفقة قريبه الفقير العاجز جبراً عليه ، كما يجبر من أضر غيره على إصلاح ما أتلفه أو يضمنه القيمة إن كان المتلف قيمياً ، والمثل إن كان مثلياً ، ويجبر المدين على أداء الدين للدائن صاحب الفعل النافع ، ولهذا كان مصدر الالتزامات جميعاً هو الشرع إما مباشرة أو تسبباً .
ولهذا فإن مصدر الالتزام في الفقه الإسلامي لا يتعدى الإرادة ، وعليه فالمصدر في التصرفات الاختيارية إرادة المخلوق ، والمصدر في التصرفات التي ترجع إلى إرادة الخالق هو إرادة الشارع التي يعبر عنها بالشرع^(١) .

والتصرف في اصطلاح بعض الفقهاء هو كل عمل يصدر عن الشخص بإرادته ويرتب الشرع عليه نتائج حقوقية^(٢) . وهذا الاصطلاح هو أحسن ما يضبط التصرف الشرعي ، لأن عبارة كل عمل يشمل التصرفات الفعلية والقولية ، ويقرب من تعريف التصرف القانوني في القانون الوضعي الذي هو « ما صدر بإرادة دالا على إنشاء حالة قانونية نافعة أو ضارة ، أو على استبدال حالة جديدة بأخرى كذلك » ، ولأنه يمتاز بأنه يبرز عنصر الإرادة في التعريف .

هذا والتصرفات الفعلية هي الأفعال التي تكون سبباً للضمان كاتلاف مال الغير أو غصبه والتصرفات القولية تشمل العقود جميعاً وما شابهها كالوقف والنذر وعمل الفضولي بعد الإجازة وما إلى ذلك^(٣) .

(١) مذكرة مبتدأة للشيخ أحمد إبراهيم في باب الالتزامات ص ٣٦

و ٣٧

(٢) الملكية ونظرية العقد للاستاذ الشيخ أبو زهرة ص ١٧٣

العرف والعادة في رأى الفقهاء للاستاذ ابي سنة ص ١٤٧

(٣) البدائع ج ٧ ص ١٧١

هذا ومن الممكن أن تدخل في الإرادة كمصدر من مصادر الالتزام ،
المصادر الخمسة التي جاءت بالقانون المدني ^(١) ، وسبق ذكرها ومنها الإثراء
بلا سبب ^(٢) .

وتقسم مصادر الالتزام إلى خمسة تقسيم عملي ، وهنالك تقسيم علمي
للأستاذ بلانيول يرد المصادر إلى مصدرين هما العقد والقانون ، ففي العقد تنشأ
إرادة المتعاقدين الالتزام وتحدد مداه ولا يتدخل القانون إلا لحماية الالتزام
الذي أنشأته الإرادة ، أما الالتزامات غير الإرادية فتنشأ جميعها من مصدر
واحد هو القانون ، ويؤخذ على هذا التقسيم أنه لا يميز في الالتزامات غير
الارادية بين تلك التي يكون القانون مصدراً مباشراً لها والتي ليس القانون
مصدراً مباشراً لها كالعقود بعد انعقادها فإن القانون يقوم بحمايتها وتنفيذها .
ولهذا فإن الاتفاق بين القانون والفقه الإسلامي يأتي في اعتبار العقد
والإرادة المنفردة مصدرين للالتزام وإن كان الفقه الإسلامي يدمجها في
إطار واحد هو التصرفات الإرادية القولية .

ويأتي أيضاً الاتفاق بينهما في اعتبار الشرع أو القانون في اصطلاحهم
مصدراً للالتزام في الفعل الضار وفي كل ما لا يدخل تحت أي نوع من
هذه الأقسام التي أدمجها الفقه الإسلامي في إطار إرادة الله تعالى المعبّر
عنها بالشرع .

(١) يراجع مصادر الالتزام للدكتور الصدة ص ٣٤ فما بعدها .
(٢) في رأي أن الإثراء بلا سبب الذي جعله القانون مصدراً قائماً
بذاته من مصادر الالتزام التي أسلفنا ذكرها لا يستحق أن يفرد كمصدر
خاص للالتزام ، ومن الأفضل دمجها أو ادخاله ضمن مصدر آخر كالعقد ،
لأن الإثراء بلا سبب يؤول الى فئة العقد في نهاية المطاف ، ويصح أن نجعل
الشرع أو القانون مصدراً له (كما يقتضينا التشريع الإسلامي لنعتبر الإثراء =

المبحث الثالث

مركز المسؤولية التقصيرية من الالتزام:

إن أسباب الأحكام في الفقه الإسلامى والالتزامات في القانون المدنى هي الوقائع ، سواء أكان للإنسان يد فيها أم كانت من قبل الشارع . فالواقعة التي لإرادة الإنسان الاختيارية دخل فيها لا تخلو من أن تكون موافقة لإرادة الشارع أو أوامره أو غير موافقة .

فاذا كانت موافقة فانها تشمل التصرفات الشرعية كالعقد وغيره . وإذا لم تكن موافقة فانها تكون جريمة أو جناية على نفس أو مال . وهذا التفصيل يرتبط ارتباطاً وثيقاً بما ذكر سابقاً من أن الإرادة هي مصدر الالتزام سواء أكانت تلك الإرادة للخالق أم كانت للمخلوق وهو تقسيم يوافق طبيعة الفقه الإسلامى ويترك الباب مفتوحاً أمام الفقهاء المحدثين ليردوا الفروع إلى تبويب شامل يرجع بها جميعاً إلى الواقعة القانونية . والوقائع في القانون هي التي يكون للإنسان دخل في وقوعها ، سواء صدرت عن إرادة منه أو عن غير إرادة ، وهي نوعان: أعمال مادية وأعمال أو تصرفات قانونية : (١) فالأعمال المادية التي تصدر من الشخص ويرتب عليها القانون أثراً بصرف النظر عن إرادة صاحبها . فسواء اتجهت إرادة الشخص إلى إحداث هذا الأثر أو اتجهت إلى غيره أو لم تتجه إلى إحداث

= بلا سبب نظرية شرعية أن نجد لها نصاً شرعياً تؤسسها عليه أو مرجعاً فقهيها
تستند إليه) •

(١) يراجع مصادر الالتزام للصدده ص ٣٧١

أثر ما ، فإن القانون هو الذى يترتب على هذه الأعمال أثرها ، فقد يريد الشخص العمل والأثر المترتب عليه ، كما إذا قام بعمل نافع أثرى به الغير على حسابه ، بأن قام مثلاً بإصلاح حائط للجار معرض للسقوط دون أن يكون ملزماً بذلك ، وقد يريد الشخص العمل ولا يريد الأثر المترتب عليه ، كما إذا قام بعمل غير مشروع عن قصد منه ، بأن ارتكب جريمة عن عمد . وقد لا يريد الشخص العمل الصادر منه ولا يريد الأثر المترتب عليه ، كما إذا صدر منه عمل غير مشروع عن إهمال بأن صدم أحد المارة بسيارته . والحكم فى جميع هذه الحالات واحد ، وهو أن الأثر الذى يترتب على العمل المادى يقع بقوة القانون كيفما كانت إرادة الشخص الذى صدر منه هذا العمل ^(١) ، أما الأعمال أو التصرفات القانونية فهى أعمال الإرادة حين تنبج إلى إحداث أثر قانونى معين ، هو كسب حق أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه . وهى إما تصرفات صادرة من جانبين ، أى عقود تتم بتوافق إرادتين ، كالبيع والإجارة والوكالة أو تصرفات صادرة من جانب واحد ، أى تصرفات انفرادية تنعقد بإرادة واحدة ، كالوصية والوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور . والأمر الجوهري فى هذه التصرفات أن آثارها تترتب بسلطان الإرادة لا بقوة القانون ، فهذه الآثار تقع لأن الإرادة قد اتجهت إليها .

هذا ، والفعل الضار الذى يكون سبباً فى المسؤولية التقصيرية ما هو إلا تصرف فعلى من قبيل الوقائع التى لإرادة الإنسان دخل فيها إلا أنها لم تجر على وفق أوامر الشارع وإرادته ، لهذا تعين إلحاقها بمجموعة الجرائم والجنايات التى هى من الوقائع القانونية ومصدرها الشرع ^(٢) .

(١) يراجع مصادر الحق أيضاً ج ١ ص ٦٧ و ٦٨

(٢) جاء فى مصادر الالتزام للصدده ص ٤٣٨ ما نصه :

والمصدر هو عبارة عن الواقعة القانونية أو السبب الشرعى الذى يرتب عليه القانون أو الشرع أثراً معيناً ينشأ به الالتزام ، وعليه فالمسئولية التقصيرية تقوم على أساس الاخلال بالالتزام قانونى هو التزام عام واحد لا يتغير وهو الالتزام بعدم الاضرار بالغير مثل أن يتعدى إنسان على مال الغير فيسبب له تلفاً ، أو يتعدى على نفس الغير فيلحق بها أذى ، فيكون ذلك الإنسان مخلاً بالالتزام شرعى عام يفرض عليه عدم الإضرار بالآخرين .

= « أما الالتزام الذى يقسح الاخلال به فى المسئولية التقصيرية فهو
«التزام قانونى» ♦

الفصل الثاني

فى تاريخ تطور المسؤولية التقصيرية

كلمة تمهيدية

يظهر من تتبع ما كتب عن تاريخ المسؤولية التقصيرية أنها مرت منذ نشأتها بالمراحل الآتية ، حتى صارت نظرية ذات أحكام تطبق، أى تطبيقها السلطة الحاكمة :

المرحلة الأولى :

مرحلة الثأر فى المجتمعات البدائية التى لم تظهر فيها سلطة رأس القبيلة أو أى سلطة مركزية تستطيع أن تفرض نفوذها على من يخرج على نظام أو قانون الجماعة فيضرب غيره من الجماعة ، وإنما كان من يفعل فعلا ضارا يستتبع عمله ذلك ضرورة أن يرد المضرور — ان استطاع — فعله بما يماثله ثأرا لنفسه ممن اعتدى عليه ، وقد تولى عليه غريزة الثأر ألا يراعى حقه فى الاعتداء بالمثل بل يزيد عليه حتى إذا عجز فقد ثور قبيلته فتدخل ، الأمر الذى كثيرا ما يسبب الصدام بين قبيلتين أو أكثر وبما استمرت الخصومة بينهما أجيالا مالم يتوسط من يفض النزاع .

المرحلة الثانية :

مرحلة القصاص التى ظهرت بظهور السلطة المركزية ذات القوة والنفوذ النسبى فى المجتمع . هذه السلطة استطاعت أن تجدد حق الثأر بقصاص المثل « السن بالسن والعين بالعين » وتأذن للمضرور بأن يحدث مثل الضرر الذى أحدثه به الضار من غير زيادة .

المرحلة الثالثة :

مرحلة الدية الاختيارية وذلك بأن تخير السلطة المركزية المضرور بين أن يقتصر بالمثل وبين أن يأخذ تعويضاً عما فقده أو خسره . وهذا العوض بدأ من غير تحديد لمقداره وإنما يتفق الطرفان المتخاصمان على تحديد مقداره .

المرحلة الرابعة :

مرحلة الدية الاجبارية وظهرت في حين الوجود عندما تبين للسلطة المركزية أن الاتفاق على مقدار التعويض قد يتعسر على الطرفين ، فحددت قيمة ومقداراً معيناً لكل حالة اضرار سلفاً يحكم بها العرف أو يحددها التشريع وكل ذلك حسماً للنزاعات .

المرحلة الخامسة :

مرحلة تدخل الدولة وذلك بعد أن ظهرت سلطتها وتقوى نفوذها عقب التطورات الكثيرة التي مرت بها السلطة المركزية . فالدولة رأت بعد أخذها للمضرور حقه في التعويض ، أن الضرر قد لا يقتصر على الفرد المضرور فحسب بل قد يمس كيان الدولة مباشرة أو يؤثر على نظامها وأمنها ، وحينذاك فلا بد من أن توقع على الضار عقوبة باسم المجتمع في بعض الأحوال ، وقد تدرجت الدولة في ذلك فابتدأت بالجرائم الخطيرة كالقتل والسرققة ثم توسعت فيما بعد .

المبحث الأول

تطور المسؤولية التقصيرية في الإسلام

المطلب الأول :

تطور المسؤولية التقصيرية

في الجاهلية - (قبل الإسلام)

١ - مرحلة الثأر :

القبائل العربية قبل الإسلام كانت تعيش متفرقة لكل قبيلة شيخها ولا تجمع بينها سلطة مركزية ذات نفوذ وقوة توحد بينها . وكانت كل قبيلة تجمع بين أفرادها عصبية شديدة تجعل منهم قوة متضامنة في مواجهة أى اعتداء من أفراد قبيلة أخرى فالاعتداء إذا وقع انعدم التسامح وترتب عليه ضرورة الأخذ بالثأر ، والثأر عندهم كان يمثل العقوبة الرادعة لمن أخطأ فسبب ضرراً لغير أفراد قبيلته .

وهذا الثأر الذى يعتبر عندهم العقوبة الرادعة للجرم المدنى ، كان مغالى فيه ولا تقدير لمقداره ، الأمر الذى كان دائماً يستتبع رد فعل قوى من قبيلة الجانى قد يؤدى إلى استحكام العداء بين القبيلتين ، وقد يسبب حرباً بينهما تستمر أجيالاً .

٢ - مرحلة الدية الاختيارية .

عند ما رأت القبائل أن الثأر وإن كان يشقى غيظ المجنى عليه أو غيظ قبيلته إلا أنه لا يستفاد منه بشئ . يعوض الخسارة المادية التى تقع على المضروب من الضرر . لذا خولوا المجنى عليه أن يستبدل بالثأر دية يختارها ويقبلها الجانى .

هذا ، والعرب في الجاهلية وقفوا عند هذه المرحلة ولم يتعدوها إلى مرحلة الدية الإجبارية كما فعل الرومان .

المطلب الثاني :

تطور المسؤولية التقصيرية

في التشريع الإسلامي

عزز الإسلام منذ فجر ظهوره السلطة المركزية وقوى نفوذها وقضى على العصبية القبلية ، وعلى تضامن القبائل بعضها على البعض عند أخذها بالنار ، وجعل من القبائل المتنافرة أمة واحدة تدين لسلطان تشريع يأتي به القرآن الكريم والسنة المطهرة .

فالتشريع الإسلامي فرق من أول يوم شرع فيه للجنايات بين الجرائم العامة والجرائم الخاصة وذلك بتمييزه بين الجرائم التي تقع في حق الله والتي تقع في حق العبد أو تقع وفيها الحقدان واحد هما أرجح ، ويجعله جزاء ما وقع على حق الله عقوبة عامة تباشر القصاص عليها الدولة والآخرى جزاؤها من حق العبد وقد يجتمع فيه المعنيان معنى العقوبة العامة ومعنى الضمان أو التعويض الخاص .

وعند الأصوليين الجرم الذي يقع على حق الله يتعلق به نفع عام من غير اختصاص بأحد ، وهذا الحق لما كان عظيم الخطر شامل النفع نسب إلى الله تعالى تعظيماً له وتقديراً ، ومن هذه الحقوق الحدود الخالصة وهي عقوبات كاملة عندهم ومثل العقوبات القاصره كحرمان القاتل^(١) من

(١) لحديث « لا يرث القاتل » رواه داود يراجع نيل الاوطار ج ٦

الارث ، وجميعها تستوفى باسم النفع العام ولا يقبل فيها العفو ولا التنازل ولا الصلح إلا في بعض المستثنيات القليلة .

وأما الجرم الذى يقع على حق العبد، فهو الذى تتعلق به مصلحة خاصة عندهم، تلك المصلحة لأحد الناس وهو المضرور وتلك الحقوق مثل حرمة مال الغير، وإصاحب الحق ان يسقطها بالصلح أو التنازل أو العفو ويجرى فيها الإرث بخلاف حق الله . ويدخل فى حقوق العباد موضوعنا الضمانات أو الجرم المدنى أو المسئولية التقصيرية كوجوب دفع بدل المتلفات كما يدخل فيها التعويض الذى يحمل معنى العقوبة الخاصة كالدية^(١) والارش^(٢) وحكومة العدل^(٣) .

ولقد اخترت من الآيات والأحاديث الواردة فى الموضوع ما يأتى :
قال تعالى « تلك حدود^(١) الله فلا تعتدوها » — « يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى ، فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ، ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم^(٥) » — « ولكم فى القصاص حياة يا أولى الألباب لعلكم تتقون » .

« ومن قتل^(٦) مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله »

-
- (١) الدية : هى العوض المالى المحدد شرعاً للنفس المجنى عليها .
(٢) الارش : هو العوض المحدد شرعاً لما دون النفس كالعضو .
(٣) حكومة العدل : « هى العوض غير المحدد شرعاً والذى يفوض الشرع القضاء ليحدده بمعرفة الخبراء العدول عن كل جناية بحسبها كما فى الكسر أو الرض » .

(٤) سورة البقرة ٢ (٢٢٨)

(٥) سورة البقرة ٢ (١٧٧ - ١٧٨)

(٦) سورة النساء ٤ (٩١)

(م ٣ - المسئولية)

« وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص (١) » .

« وداود وسليمان إذ يحكمان في الحرث إذ نفشت فيه غنم (٢) القوم »
وقوله « لا تأكلوا (٣) أموالكم بينكم بالباطل » - « فمن اعتدى (٤) عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » ومن الأحاديث الشريفة قوله صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر (٥) ولا ضرار » - « لا يأخذن (٦) أحدكم متاع صاحبه لاعباً ولا جاداً وإن أخذ عصا صاحبه فليردها عليه » « على اليد (٧) ما أخذت حتى تؤديه » - « العمد (٨) قود ، والخطأ دية » - « من كسر (٩) شيئاً فهو له وعليه مثله » - « العجماء (١٠) جرحها جبار » - « الرجل (١١) جبار » - « الا ان (١٢) قتل الخطأ شبه العمد قتل السوط أو العصا فيه مائة من الأبل منها أربعون في بطونها أولادها » .

(١) سورة المائدة ج ٥ (٤٤)

(٢) سورة الانبياء ج ١٧ (٧٧ - ٧٨)

(٣) سورة النساء ج ٤ (٢٨)

(٤) سورة البقرة ج ٢ (١٩٣)

(٥) تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي ج ٢ ص ٢٥٤

(٦) الفتح الكبير ج ٣ ص ٣٥٠

(٧) الجامع الصغير ج ٢ رقم ٥٤٥٥

(٨) الجامع الصغير ج ٢ رقم ٥٧٢٦

(٩) نيل الاوطار ج ٦ طبعة ١٣٤٤ هـ ص ٧٠

(١٠) نيل الاوطار ج ٦ طبعة ١٣٤٤ هـ ص ٧٢

(١١) نيل الاوطار ج ٦ طبعة ١٣٤٤ هـ ص ٧٢

(١٢) نيل الاوطار ج ٦ طبعة ١٣٤٤ هـ ص ١٦٧

وبهذه الآيات والأحاديث وغيرها وضع الإسلام القواعد المرنة النامية المتطورة أساساً للقواعد التشريعية للمسئولية التقصيرية التي وضعت حداً لفكرة اللئار والدية الاختيارية غير المنظمة وفتحت الباب على مصراعيه لفقهاء الإسلام ليستنبطوا منها الأركان والشروط والأحكام (للمسئولية التقصيرية وغيرها) على ضوء ما يظهر لهم من القضايا العملية والمنازعات والوقائع الاجتماعية والمسائل الفرضية . وقد درس فقهاء الإسلام المسئولية التقصيرية على ضوء حاجتهم الاجتماعية في عصورهم ووضعوا لها أحكامها في أبواب من الفقه مختلفة متفرعة أهمها :

باب الجنايات (١)

باب الديات

باب الحدود (٢)

باب الغصب (٣)

باب الإلتلاف

وقد توسع الفقهاء في الباب الأخير وطبقوا أحكامه على مسائل متنوعة كثيرة وبنوا مسائلها على أن كل عمل ضار وغير مباح يعتبر مصدراً

(١) الجنايات : الجناية في اللغة معناها الذنب وفي الاصطلاح الفقهي هي كل اعتداء على الجسد أو العرض أو المال - وإن كانت كلمة جناية قد تخصصت اليوم في القانون بمعنى الجريمة الخطيرة التي يعاقب عليها بالعقوبات الارهابية .

(٢) الحدود : الحد شرعاً اسم لعقوبة مقدرة تجب حقاً لله تعالى وردعاً وزجراً للمجرمين كحد السرقة .

(٣) الغصب : أخذ مال الغير بغير وجه شرعى جهاراً وقهراً .

من مصادر الالتزام بالضمان وذلك بأن يقوم الضار بتعويض المضرور عن الضرر الذى لحق به ، وسموا بالتصرف غير المباح بالضمان والفاعل ضامناً .

هذا والضمان فى الاصل الكفالة ، أما معناه فى موضوعنا فهو : اشغال الذمة بالتزام أداء مثل ما اتلف إن كان مثلياً وقيمته إن كان قيمياً .
ومن القواعد الكلية التى وضعوها وتصلح فى مجموعها لأن تكون أساساً لنظرية عامة ما يأتى :

الضرر يدفع بقدر الإمكان - الضرر يزال - الضرر لا يزال بمثله -
يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام - درء المفسد أولى من جلب المنافع - المشقة تجلب التيسير - لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان -
الجواز الشرعى ينافى الضمان - الخراج بالضمان - الغرم بالغنم - لا يجوز لأحد أن يتصرف فى ملك لغيره بلا إذن - الأمر بالتصرف فى ملك الغير باطل - يضاف الفعل إلى الفاعل لا الأمر ما لم يكن مجبراً - المباشر ضامن وإن لم يعتمد - المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد - إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر .

وإن كل هذه القواعد الكلية يشملها الحديث الشريف : لا ضرر ولا ضرار .

ولقد حاولت الدولة العثمانية تقنين أحكام الشريعة الإسلامية الخاصة بموضوعنا فى مواد تبدأ من المادة ٩١٢ حتى المادة ٩٤٠ -
وفى ما يلى بالهامش نص المواد نقلاً من المجلة العدلية^(١)

(١) تراجع ص ١٥٢ فما بعدها من مجلة الأحكام العدلية طبعة سنة ١٣٠٥ هـ جاء فى الفصل الاول والفصل الثالث والفصل الرابع خاصة بموضوعنا ما يأتى : =

(فى مباشرة الاتلاف)

مادة ٩١٦ - اذا آتلف صبى مال غيره يلزم الضمان من ماله وان لم يكن له مال ينتظر الى حال يساره ولا يضمن وليه •

(فى بيان الاتلاف تسببا)

مادة ٩٢٣ - لو خافت دابة أحد من الآخر وفرت وضاعت لا يلزم الضمان واما اذا كان خوفها قصدا يضمن وكذا اذا خافت الدابة من صوت البندقية التى رماها الصياد وانحلت وفى أثناء فرارها سقطت وانكسر أحد أعضائها أو تلفت لا يلزم الضمان أما اذا كان الصياد قد رمى البندقية بقصد تخويفها يضمن • انظر المادة ٩٣ •

مادة ٩٢٤ - يشترط التعدى فى كون التسبب موجبا للضمان على ما ذكر آنفا يعنى ضمان المتسبب فى الضرر مشروط بعمله فعلا مفضيا الى ذلك الضرر بغير حق مثلا لو حفر احد فى الطريق العام بثرا بلا اذن أولى الامر وسقطت فيه دابة لآخر وتلفت يضمن واما لو سقطت الدابة فى بئر كان قد حفره فى ملكه وتلفت لا يضمن •

(فى الاشياء التى تحدث فى الطريق)

مادة ٩٢٦ - لكل احد حق المرور فى الطريق العام لكن بشرط السلامة يعنى مقيد بشرط أن لا يضر غيره بالحالات التى يمكن التحرز منها بناء عليه اذا سقط الذى على الحمال واتلف مال أحد يكون الحمال ضامنا وكذا اذا أحرقت ثياب أحد كان مارا فى الطريق الشرارة التى طارت من دكان الحداد حين ضربه الحديد يضمن الحداد ثياب ذلك المار •

مادة ٩٢٧ - ليس لاحد الجلوس فى الطريق العام ووضع شىء فيه وأحداثه بلا اذن أولى الامر واذا فعل يضمن الضرر والحسار الذى تولد من ذلك الفعل بناء عليه لو غلط أحد ووضع على الطريق العام الحجارة وادوات العمارة وعثر به حيوان آخر وتلف يضمن كذلك لو كب

أحد على الطريق العام شيئاً يزلق به كالدهن وزلق به حيوان
وتلف يضمن *

مادة ٩٢٨ - لو سقط حائط وأورث غيره ضرراً لا يلزم الضمان ولكن لو كان
الحائط مائلاً للانهدام أولاً وكان قد نبه عليه أحد وتقدم بقوله
أهدم حائطك وكان مضى وقت ويمكن هدم الحائط فيه يلزم الضمان
ولكن يشترط أن يكون المنبه من أصحاب حق التقدم والتنبيه أى
إذا كان الحائط سقط على دار الجيران يلزم أن يكون الذى تقدم
من سكان تلك الدار ولا يضر تقدم أحد من الخارج وتنبيهه وإذا
كان قد سقط على الطريق الخاص يلزم أن يكون الذى تقدم ممن
له حق المرور فى ذلك الطريق وإن كان قد سقط فى الطريق
العام فلكل أحد حق التقدم *

(فى جناية الحيوان)

مادة ٩٢٩ - الضرر الذى نشأ من تلقاء الحيوان لا يضمنه صاحبه أنظر الى المادة
(٩٤) ولكن لو استهلك حيوان مال أحد ورآه صاحبه ولم يمنعه
يضمن ويضمن صاحب الثور النطوح والكلب العقور ما اتلفه إذا
تقدم أحد من أهل محله أو قريته بقوله حافظ على حيوانك ولم
يحافظ عليه *

مادة ٩٣٠ - لا يضمن صاحب الدابة التى اضررت بيديها أو ذيلها أو رجلها حال
كونها فى ملكه راكباً كان أو لم يكن *

مادة ٩٣١ - إذا أدخل أحد دابته فى ملك غيره بأذنه لا يضمن جنايتها فى الصور
التي ذكرت فى المادة آنفاً حيث أنها تعد كالكائنة فى ملكه وإن كان
أدخلها بدون إذن صاحبه يضمن ضرر تلك الدابة وخسارها على
كل حال يعنى حال كونه راكباً أو سائقاً أو قائداً أو موجوداً وأما
لو دخلت بنفسها ودخلت فى ملك الغير اضررت فلا يضمن *

مادة ٩٣٢ - لكل أحد حق المرور في الطريق العام مع حيوانه بناء عليه لا يضمن المار راكبا على حيوانه في الطريق العام الضرر والخسارة اللذين لا يمكن التحرز عنهما مثلا لو انتشر من رجل الدابة غبار أو طين ولوث ثياب الآخرين أو رفست برجلها العقبى أو لطمت بذيلها وأضررت لا يلزم الضمان ولكن يضمن الراكب الضرر والخسارة الذي وقع من مصادمتها أو لطمة يديها وذيلها *

مادة ٩٣٣ - القائد والسائق في الطريق العام كالراكب يعني لا يضمنان الا ما يضمنه الراكب من الضرر *

مادة ٩٣٤ - ليس لاحد حق التوقيف لدابة أو ربطها في الطريق العام بناء عليه لو وقف أو ربط أحد دابته في الطريق العام يضمن جنايتها على كل حال ان كانت الجناية حصلت من لطمة يدها أو ذيلها أو غيرها وأما المحال التي أعدت لتوقيف الدواب كسوق الدواب ومحل وقوف دواب الكراة مستثناة *

مادة ٩٣٥ - من ترك حيوانه نجلى الرأس في الطريق العام يضمن ما أضره *

مادة ٩٣٦ - لو داس الحيوان الذي كان راكبه أحد على شيء يده أو رجله وأتلفه يعد الراكب قد أتلف ذلك الشيء مباشرة فيضمن على كل حال يعني ان كان في ملكه أو في ملك الغير *

مادة ٩٣٧ - لو كانت الدابة جوحا ولم يقدر الراكب على ضبطها وأضررت لا يلزم الضمان *

مادة ٩٣٨ - لو أتلفت الدابة التي كان قد ربطها صاحبها في ملك دابة غيره التي أتى بها صاحبها وربطها في ملك ذلك بلا اذنه لا يلزم الضمان صاحبها *

مادة ٩٣٩ - اذا أتلفت دابتا آخرين احدهما الاخرى حال كونهما ربطهما صاحباهما في محل لهما حق الرباط فيه فلا يلزم الضمان مثلا لو أتلفت دابة أحد المشتركين في دار دابة الآخر عندما ربطاهما في تلك الدار لا يلزم الضمان *

المبحث الثانى

تطور المسؤولية التقصيرية فى القانون

المطلب الأول :

تطور المسؤولية التقصيرية

فى القانون الرومانى

نص قانون الألواح الاثنى عشر على أن بعض الجرائم التى تقع على الأفراد تعتبر جرائم عامة ولخطورتها تعاقب الدولة عليها بالإضافة إلى حق المجنى عليه فى الثأر أو الدية . كما نص على أن بعض الجرائم الخاصة تعتبر الدية فيه اختيارية وفى بعضها تعتبر إجبارية ، إلا أن الدية فى القانون الرومانى ليست تعويضاً عن الضرر وإنما هى عقوبة خاصة تحل محل حق الثأر ، ولهذا فإن الحق فيها ينقضى بموت الجانى وليس للمضرور الحق فى مطالبة ورثته .

ومن النصوص^(١) الواردة فى الألواح يتبين أن القانون الرومانى ميز بين الجرائم العامة والجرائم الخاصة من أول عهده .

هذا ، وقد جاء فى قانون إكيلييا بعد ذلك وفى سنة ٢٨٧ ق . م . أن

مادة ٩٤٠ - لو ربط اثنان دابتيهما فى محل ليس لهما فيه حق لرباط حيوان وأتلفت دابة الرابطة أولاً دابة الرابطة مؤخرًا لا يلزم الضمان وإذا كان الامر بالعكس يلزم الضمان *

(١) يراجع عبد المنعم بدر والبدرأوى فى شرح القانون الرومانى سنة ١٩٥٤ نبذة ٥٥٥ فما بعدها *

جزاء جريمة قتل الرقيق أو الماشية أو جرح أحدهما وجزاء بعض حالات إهلاك أو إتلاف أشياء مادية أخرى غرامة خاصة يتقاضاها المضرور . وتلك الغرامة تقدر بأعلى قيمة الشيء المتلف خلال السنة ، إن كان رقيقاً أو ماشية ، وخلال الثلاثين يوماً الأخيرة إن كان المتلف أشياء أخرى ، وتضاعف القيمة إذا أنكر الجاني الجريمة ثم ثبتت عليه بدعوى مفيدة بالشروط الآتية : —

- ١ — أن يكون قد وقع مساس مادي بمال الغير دون حق .
 - ٢ — وأن يكون هذا المساس من طريق عمل لميجابى لا من طريق مجرد الامتناع .
 - ٣ — وأن يحدث هذا المساس بفعل مادي من الجاني يقع مباشرة على مال الغير .
 - ٤ — وأن يكون المجنى عليه مالسكا المتلف ورومانى الجنس غير أجنبي .
- وفوق ذلك كان مقررأ أن هذا القانون لا يسرى على إتلاف العقارات .

وفد توسع فقهاء القانون الرومانى مع مرور الزمن فى تفسير النصوص المذكورة حتى أصبح حق المطالبة بتوقيع العقوبة الخاصة مقررأ فى أغلب حالات المساس المادى بشخص الغير أو بماله إلا أنهم لم يصلوا إلى حد تعميم القول بأن كل مساس بحق الغير يوجب مسئولية فاعله سواء كان مساساً مادياً أم غير مادي^(١) .

(١) يراجع الوسيط للدكتور عبد الرزاق السنهورى الجزء الأول

ثم إن فكرة الخطأ كشرط لقيام المسؤولية التقصيرية لم يعرفه القانون الرومانى إلا فى عهد الجمهورية وتحت تأثير الفلسفة اليونانية ومع ذلك فإن فكرة الخطأ التى قال بها بعد ذلك لم تحدد ولم توضح معالمها .
والظاهر أن المسؤولية الناشئة عن الفعل الضار كانت عند الرومان وظلت حتى آخر عهد قانونهم مسؤولية جنائية والمجنى عليه هو صاحب الدعوى بها فوق ما للدولة من حقوق فى الجرائم العامة . والعقوبة التى توقع على الجانى عبارة عن غرامة يتقاضاها المضرور وتقدر تقديرأ كثيراً ما يجاوز ما يوازى جبر الضرر .

هذا ، والقانون الرومانى لم يقرر فى المسؤولية التقصيرية مبادئ عامة وإنما وضع حلولاً جزئية لمسائل معينة زاد تعدادها مع الزمن ولكن لم تنظمها قاعدة عامة قط .

المطلب الثانى :

تطور المسؤولية المدنية

فى القانون الفرنسى

كانت المسؤولية المدنية فى القانون الفرنسى القديم ذات صبغة جنائية . وكانت تخول للمجنى عليه أن يطالب بتغريم الجانى غرامة محددة . وقد جاءت عقوبة الغرامة نتيجة تطور بديلاً عن الثأر . ولقد ميز القانون الفرنسى القديم بين الجرائم التى تقع على الأشخاص ، والتى تقع على الأموال فى أوائل القرن الثالث عشر ، كما أقر حق طلب التعويض للمضرور مقابل ما أصابه من ضرر .

وفى القرن السابع عشر ابتدأت المسؤولية المدنية تبرز وتستقل عن المسؤولية الجنائية ، وقد تأسست فى القانون الفرنسى القديم على فكرة

الخطأ بوجه عام وقد ظهر ذلك أول ما ظهر في مؤلف الفقيه «دوما»
عن القوانين المدنية .

وهكذا استمر تطور المسؤولية المدنية حتى استقلت تماماً عن المسؤولية
الجنائية في أواخر القرن الثامن عشر قبيل الثورة الفرنسية . واعتبر الخطأ
أساساً لها لا تقوم بدونه وتقرر بشأنها قاعدة عامة كما تقرر إلى جانب
هذه القاعدة جواز مساءلة المرء عن فعل غيره في أحوال معينة ، ومساءلته
عن الأضرار التي تقع بفعل حيواناته أو تنشأ عن سقوط مبانیه .

وفي القرن التاسع عشر ضمن القانون الفرنسي المادة ١٣٨٢ من مواد
قانون المسؤولية التقصيرية القاعدة العامة في صياغته فقال «كل فعل أياً
كان يقع من الإنسان ويحدث ضرراً بالغير يلزم من وقع هذا الفعل الضار
بخطئه أن يعرض هذا الضرر» وقرر أيضاً في المادة ١٣٨٣ النص التالي
«المرء لا يسأل عن الضرر الذي سببه بفعله فحسب ، بل يسأل أيضاً عما سببه
بإهماله وبعدم تبصره» .

والقاعدة المنصوص عليها في المادتين المذكورتين تشترط في تحقق
المسؤولية المدنية توافر الأركان الثلاثة : الضرر — والخطأ — وعلاقة
السببية بينهما .

هذا ، واستثناءاً من القاعدة آتية الذكر أعفى المشرع المضرور من
عبء إثبات الخطأ الضار بالمواد ١٣٨٤ إلى ١٣٨٦ وهي حالات مسؤولية
الآباء والأمهات والمربين والمخدومين والمتبوعين عن تحت رعايتهم ومسؤولية
الحيوان أو استخدامه عن أفعال حيوانه ، ومسؤولية مالك البناء عن انهدام
بنيانه بسبب العيب أو النقص في الصيانة .

لقد زادت قضايا المسؤولية المدنية وتلاحقت بسرعة فائقة في الربع
الآخر من القرن التاسع عشر وذلك للنهضة الصناعية الكبرى التي انتشرت

في أوروبا وسببت زيادة في عدد الحوادث الضارة وأيضاً للتحويل السريع في الأفكار السياسية والنظريات العلمية المادية ، الأمر الذي جعل نصوص القانون الفرنسي عاجزة عن سد حاجات المجتمع الذي أصبح ينمو ويتطور . تطورا جعل الشعور بالحاجة إلى تطوير قانون المسؤولية التقصيرية قبيل القرن العشرين أمراً لا بد منه لاسيما وأن إثبات الخطأ في حوادث العمل والنقل والآلات الصناعية الحديثة صار صعباً . ولتلافي هذا النقص تعددت الوسائل الفقهية والقضائية لاستنباط قاعدة أخف وطأة من قاعدة الخطأ الضيقة التي يصعب إثباتها . فلجأ بعض الفقهاء الفرنسيين إلى نظرية جديدة هي نظرية تحمل « التبعة » لأن العدالة تقتضي إقامة التوازن بين ذمتين ماليتين ذمة المصاب وذمة مسبب الضرر على أساس « الغرم بالغم » وقد صادفت بادية ذي بديء نجاحاً ولكن رغم ذلك لم تنل حظاً من الاعتبار وإن كانت هذه النظرية ساعدت على اللجوء إلى نظرية أخرى هي « الخطأ المفترض » في حالات كثيرة .

هذا ، ولم يخص واضعوا التقنين الفرنسي المسؤولية التقصيرية بأكثر من خمس مواد من ١٣٨٢ إلى ١٣٨٦ وهي :

المادة ١٣٨٢ : « كل فعل أياً كان يقع من الإنسان ويحدث ضرراً بالغير يلزم من وقع هذا الفعل الضار بخطئه أن يعرض هذا الضرر ،

المادة ١٣٨٣ : « المرء لا يسأل عن الضرر الذي سببه بفعله فحسب بل يسأل أيضاً عما سببه بإهماله أو بعدم تنصره » .

ونص القانون الفرنسي في المادة ١٣٨٤ فقرة أولى :

« على أن المرء يسأل ليس فقط عن الضرر الذي يحدثه بفعله الشخصي بل أيضاً عن الضرر الذي يحدث بفعل الأشخاص الذين يكون هو مسئولاً عنهم أو بفعل الأشياء المنوطة به حراستها » .

ثم فصلوا هذه الأحوال فنصوا على مسئولية الأب أو الأم عن الأضرار التي تحدث من أولادهما القصر المقيمين معهما... «المادة ١٣٨٤»
فقرة ثانية ،

وعلى مسئولية المخدم والمتبوع عن أفعال خدمهم أو تابعيهم التي تقع منهم في أداء وظائفهم . «المادة ١٣٨٤ فقرة ثالثة» .

وعلى مسئولية مالك الحيوان أو من يستخدم الحيوان طوال مدة استخدامه إياه عن الأضرار التي تحدث بفعل الحيوان . «المادة ١٣٨٥» .

وعلى مسئولية مالك البناء عن الأضرار التي تصيب الغير من انهدام البناء .
«المادة ٣١٧٦» (١) .

(١) يراجع كتاب المسئولية التقصيرية للدكتور سليمان مرقص ج ١ ص ١٤/١٥ . وتراجع ترجمة رفاعه الطهطاوى لقانون نابليون جاء فيها ما يأتى :
بند ١٣٨٢

« كل عمل اياما كان نشأ منه خسارة على الغير ، وجب على من تسبب في ذلك بتقصيره أن يجبر تلك الخسارة »
♦

بند ١٣٨٣

« يضمن كل انسان الخسارة التي تترتب على فعله بل ولو على تركه وعدم احتياطه »
♦

بند ١٣٨٤

ليس الانسان ضامنا للخسارة التي تسبب عن عمله فقط ، بل هو ضامن أيضا للخسارة التي تسبب عن عمل من يكون تحت ولايته وكفالاته ووصايته وضمانه ، وهو ضامن أيضا للأشياء التي تكون تحت حفظه واستيداعه .
فيضمن الأب الخسارة التي تنشأ عن عمل أولاده القاصرين الساكنين معه وكذلك الأم عند فقد الأب ، وكذلك يضمن المخدم أو الأصيل الخسارة الناشئة عن خادمه أو وكيله في الوظيفة التي أقامه فيها .
=

المطلب الثالث :

تطور المسؤولية المدنية في القانون الإنجليزي

كان عصر الاحتلال^(١) الزمانى لإنجلترا يسمى عصر القانون الجنائى .

= ويضمن المعلمون علما أو صناعة الخسارة التى ترتبت عن عمل تلامذتهم وصبيانهم ماداموا تحت ملاحظتهم * +

ومحل وجوب الضمان فى هذه الصور اذا لم يبرهن الآب أو الأم أو المعلمون على أنه لم يمكنهم أن يمنعوا هذا الحادث الذى ترتب عليه الضمان * +

بند ١٣٨٥

« يضمن مالك الحيوان أو مالك منفعة مادام الحيوان تحت استعماله جميع التلف الذى يحصل من هذا الحيوان سواء كان تحت يده أو حفظه أو ضل منه أو انفلت * + »

بند ١٣٨٦

ويضمن صاحب المبنى الخسارة التى تنشأ عن تهديدها وسقوطها اذا حصل ذلك بالتقصير فى حفظها وتعهداها أو لخلل فى عمارتها * +
(١) يراجع كتاب «بلوك» فى القانون القديم ج ٢ ص ٤٤٩ فما بعدها

The ancient Law—Sir F. Pollock voll(11)—2nd Edition

ونص ما جاء به الآتى :

1911. (Crime and Tort) Page 449.

“Of the more ancient system we shall say but little. On the eve of the norman conquest what we may call the criminal law of England (but it was also the law of torts or civil wrongs) contained four elements which deserve attention ; its past history had in the main consisted of the varying relations between them. We have to speak

والجرائم المدنية ؛ وكان الذى يجرم يعرف أنه دخل فى حرب مع الجماعة، وكانت الجماعة تعرف أنها فى حرب معه ولهذا توجب على أى فرد من أفراد الجماعة أن يتبع المجرم وتخوله الحق فى أن يتلف للمجرم أرضه

of outlawry, of the bloodfeud, of the tariffs of war and bit and wite, of punishment in life and limb. As regards the malefactor, the community may assume one of four attitudes ; it may make war upon him, it may leave him exposed to the vengeance of those whom he has wronged it may suffer him to make atonement it may inflict on him a determinate punishment, death, mutilation or the like.

Though we must not speculate about a time in which there was no law the evidence which comes to us from England and elsewhere invites us to think of a time when law was weak, and its weakness was displayed by a ready recourse to outlawry. It could not measure its blows ; he who defied it was outside its sphere ; he was outlaw. He who breaks the law has gone to war with community ; the community goes to war with him. It is the right and duty of every man to pursue him, to revage his land, to burn his house to hunt him down like a wild beast and slay him ; for a wild beast he is ; not merely is he a friendless man he is a wolf. Even in the thirteenth century, when outlawry had lost its exterminating character and had become an engine for compelling contumacies to abide the judgement of the courts, this old state of things was not forgotten ; *Caput gerat lupinun* in these words the courts decreed outlawry. Even in the nineteenth century the king's right to year day and waste of fellow's land remained as a memorial of the time when the decree of fire and sword.

ويحرق منزله وله حق قتله واصطياده ، كما يصطاد الحيوان المفترس
واستمر ذلك حتى القرن الثالث عشر .

ثم تطور هذا الوضع حتى أصبح المجتمع يساعد المجنى عليه على التآمر

See Also Page 450 (Crime and tort).

Without actively going to war, within the offender, the law may leave him unprotected against those who have suffered by his misdeed ; it may concede to them the right to revenge themselves. The slaughter of a member of one by a member of another kin has been the sign for a blood feud. The injured kin would avenge its wrong not merely on the person of the slayer, but on his belongings. It would have life or lives for life, for all lives were not of equal value; ..

See Also Page 451.

A deed of homicide is thus a deed that can be paid for by money. Outlawry and blood-feud alike have been retiring before a system of pecuniary composition of bit ; that is, of betterment. From the very beginning, if such a phrase be permissible, some small offence could be paid for ; they were emendable. The offender could buy back the peace that he had broken. To do this he had to settle not only with the injured person but also with the king : A complicated tariff was elaborated. Every kind of blow or wound given to every kind of person had its price and much of the jurisprudence of the time must have consisted of a knowledge of these pre appointed prices.

Gradually more and more offences became emendable : outlawry remained for those who would not or could not

لنفسه من الجاني وقد يضطر الذي أجرم إلى إرضاء المضرور وذلك بأن يدفع له مالا يكون عوضاً عن الضرر الذي لحق به . وكانت الجماعة إذا عاقبت المجرم تعاقبه عقوبة صارمة شديدة تصل إلى حد القتل أو بتر عضو من أعضائه .

ثم تطور الوضع وأصبح المجتمع يباشر معاقبة المجرم بواسطة الملك ويخول الملك سلطات واسعة واستمر ذلك حتى القرن التاسع عشر . كانت الناحية الخاصة في القوانين الانجليزية القديمة أقوى من الناحية

or could not pay. Homicide, unless of a specially aggravated kind, was emandible, the bit for homicide was the wergild of the slain.

Along with this process and constantly interfering with it went on another which we may call the institution of true punishment. Perhaps there never was a time in this country when the community did not conflict punishment upon as distinguished from declaring outlawry against certain criminals. To distinguish between these two acts may have been difficult. Outlawry was the capital punishment of a rude age. But the outlaw may at times have been reserved even in the rude stage, for a solemn death he was devoted to the gods a human sacrifice capital punishment by hanging, drowning or burying alive in a morass. The crimes that he mentions include those most hateful to a warlike folk such as treason and cowardness and also some misdeeds which may have been regarded as crimes against religion : Homicide on the other hand was emandible with money, or rather with horses and oxen. The influence of christianity made for a while against punishment and in favour of emandation or atonement. The one punishment that can easily be inflicted by a state which has no apparatus of prisons and penitentiaries is death.

(م ٤ - المسئولية)

العامة التي تمثل وجهة نظر الدولة إلى الجريمة بما تفرضه من عقوبات لأجل المحافظة على الأمن والنظام العام . والناحية الخاصة تتعلق بالفرد المتضرر من الجريمة وحقه في التعويض ، وكان سبب قسوتها هو أن سلطان الدولة لم يكن آتئذ قوياً بحيث يقوم بتأديب المجرم أو بتحصيل حق المتضرر ، لأن الحق كان للقوة وكان المتضرر هو وقيبلته يحصلون على مال معلوم ، ولذا كان قانون القصاص من أقدم قوانين إنجلترا ، لما فيه من بساطة ومساواة . ولكن لما قوى نفوذ الدولة ابتدأت وضع الأحكام بشكل عام واستمر التدرج في التطور إلا أنه لم يسر على وتيرة واحدة في جميع الأمم والبلاد . ولكن بدون شك إذا رجعنا إلى الماضي البعيد في تاريخ شريعة الجرائم نجد أن الناحية الخاصة أبرز من الناحية العامة ومعظم الجرائم كانت ترمى إلى تعويض المضرور ولم تكن جزائية تقصد إلى معاقبة المجرم باسم الحق العام .

ومن الجدير بالذكر أن الشريعة الإنجليزية القديمة تعتبر الجنايات الجثمانية لا تسبب ضرراً مالياً للمجنى عليه ، وتعتبر دعاوى التعويض الناتجة عنها تسقط بوفاة الجاني المتضرر نفسه ، وهذه القاعدة قديمة عندهم ولا تزال باقية إلى اليوم على الرغم من أن المستثنيات العديدة التي أدخلت عليها .

وان الشريعة الانجليزية لم تتأثر بالقانون الروماني كما تأثرت أغلب التشريعات الأوروبية ، ولذا ليس فيها نظرية عامة للمسئولية المدنية وإنما فيها فئات معدودة من الجرائم الخاصة لكل منها أحكامها الخاصة المعينة وقد سمي القانون الانجليزي المسئولية المدنية بقانون الجرائم المدنية بالجمع لا قانون الجرم المدني .^(١)

(١) يراجع كتاب « من » القانون القديم

طبعة سنة ١٩٢٧ ص ٢١٧ وما بعدها .

وإليك بالهامش ^(١) طائفة من أحكام الجرائم المدنية في القانون
الإنجليزي الحالى الخاصة بموضوعنا : —

(١) يراجع كتاب سالند فى قانون المسؤولية المدنية الطبعة الخامسة ص ٧١
جاء فيه ما ترجمته :

ان القاصر مسئول عن خطئه بصفة عامة بمثل مسؤولية البالغ الا أن
مسؤوليته فى بعض فروع القانون تستثنى بسبب أن المدعى عليه أقل من السن
المحددة فالطفل الذى يقل عمره عن ٧ سنوات معفى من كل مسؤولية
للجرم الذى أجرمه ، والطفل الذى ما بين ٧ الى ١٤ من عمره
يفترض عدم أهليته للقصد الاجرامى وان كان هذا الافتراض من الممكن
اثبات عكسه ، ومن كان عمره أقل من احدى وعشرين سنة يكون خاليا من
المسؤولية عن تقضه عقدا فى قانون المسؤولية المدنية على أى حال فليس
هنا لك أساس للاستثناء ولهذا كل طفل من أى عمر يؤاخذ على أى ضرر
يحقه بالأرض أو ممتلكات الغير ويعتبر مسئولا عن الأضرار كأنه بالغ ^(١) .

ونص هذه الترجمة باللغة الانجليزية كالآتى :

SEE THE LAW OF TORTS—By Sir John Salmond
(Fifth Edition—Page 71)

19—MINORS

A minor is in general liable for his torts in the same manner and to the same extent as an adult. In certain other branches of the law liability is excluded by the fact that the defendant is below a certain age. Thus, a child under seven years of age is exempt from all responsibility for crimes committed by him. A child between the ages of seven and four is presumed to be incapable of criminal intent though this presumption may be rebutted by proof to the contrary. A person under the age of twenty one is in general free from all liability for breach—

of contract. In the law of torts however, there are no similar rules of exeption. Thus a child for any age may be sued for trespass to land or injury to property and will be held liable in damages just as if he were an adult.

وجاء في ص ٤٤٨ من كتاب سالند سالف الذكر ما ترجمته :
وكل حق قرر على الوالدين نيابة عن الطفل قد قرر لا لكونهما والدين
وانما قرر بوصفها سيدين للطفل والطفل تابع لهما كتبعية الخادم لسيدته ولكن
اذا لم توجد هذه العلاقة سواء بسبب أن الطفل أصغر من أن يقدم أى خدمة
أو بسبب أن الطفل فى خدمة غير والديه أو بسبب غير ذلك فان الوالدين
لا يكونان مسئولين عن أى خطأ يحدث من طفلهما •
ونص الترجمة بالانجليزية فى ص ٤٤٨ من كتاب سالند فى المسؤولية
المدنية كالآتى :

SEE SALMOND. Pags 448 (CHAPTER XIII)

128 Parent and child

2.—All right of action vested in a parent in respect of his children rested in him not in his capacity as a parent, but in his capacity as the master of his child, and are therefore dependent upon the existence in the particular case of the relation between the master of his child and are therefore dependent upon the existence in the particular case of the relation of master and servant. If this relation does not exist either because the child is too young to give any services, or because he is in the service of some other person, or for any other reason, the father has no remedy for any wrong done to him in respect of his child.

وجاء فى مسؤولية المخدم عن أخطاء خادمه فى كتاب اندرهل فى المسؤولية
المدنية ص ٢٧ ما ترجمته :

« ان الخادم شخص يستخدمه آخر ويكون خاضعا لأوامر المخدم فيما يختص بطريقة أداء عمله » ♦

وقد يقع أن يكون شخص في خدمة رجل بوجه عام، ثم يكون في خدمة رجل آخر لغرض معين ، بحيث يكون خاضعا لأوامر الرجل الآخر فيما يختص بطريقة أدائه لذلك الغرض المعين ♦

والمخدم يكون مسؤولا عن اهمال خادمه في حدود خدمته ، كما يكون مسؤولا عن أى مخالفة مدنية يرتكبها خادمه عمدا اذا وقعت المخالفة في حدود دائرة عمله وفي أثباته حتى وان بلغت المخالفة مرتبة الجريمة ، وكان ارتكابها مصلحة الخادم الخاصة » ♦

See Underhill Law of Torts

Art. 27.

- 1) A servant is a person employed by another and subject to the commands of that other as to the way he shall do his work.
- 2) A person who is in the general employment of one man may be the servant of another for a particular purpose, that other having control of him as to the manner in which he carries out his duties in connection with that particular purpose.
- 3) A master is liable for the negligence of his servant committed in the course of his employment.
- 4) A master is liable for the wilful tort of his servant committed within the scope of his employment and for the general benefit of the master even though in fact the master derives no benefit therefrom and though the tort amounts also to a crime.

وفى مسؤولية المخدم أيضا يراجع كتاب : أندرهل السابق المادة ٩٢
جاء فيه ما ترجمته :

« ليس المخدم مسؤولا نحو خادمه عن أى ضرر ناتج عن اهمال أو عدم كفاءة زميل في العمل اذا حدث الضرر في أثناء خدمتهما المشتركة ♦
وان هذه النظرية تطبق فقط في حالة وجود مخدم مشترك وخدمة

مشتركة ، ولدى نفس المخدم ، كعامل عند حداد يضرب بالمطرقة فيصيب زميله أثناء عمل يؤديانه معا .

وليس من الضروري أن تتضمن الخدمة المشتركة اشتغال الخادمين في نفس العمل ، أو في عمل مماثل ، أو في نفس درجة الخدمة على أن يكون الضرر الواقع ، أو الإصابة الواقعة من زميل نتيجة طبيعية حتمية للعمل الذي قبله الزميل بحيث يمكن اعتبارها من ضمن أخطار العمل الذي اضطلع به . هذا ، ودفاع الخدمة المشتركة جائز ضد القاصر .

إذا كان الإهمال إهمال المخدم نفسه فهو مسئول عن الضرر الناتج لخادمه عن إهماله - وقد يتضمن هذا الإهمال ما يأتي :

(١) توظيف المخدم لخادم يعلم أنه غير كفء ، أو بدون استعلام كاف مقدار كفاءته

(٢) استبقاء المخدم لخادم يعلم أنه اعتاد الإهمال .

(٣) ترك المخدم للمكان أو المصنع أو الآلات في حالة خطرة إذا كان يعلم أو كان ينبغي أن يعلم أنها في حالة خطرة .

(٤) إخلال المخدم بواجب قطعي فرضه القانون على المخدم لفعل شيء معين لحماية العامل ، كلائحة تسييج الآلات تتطلب وضع سياج حول الأجزاء الخطرة والقاطعة في الآلات « ونص هذه الترجمة باللغة الانجليزية كالآتي :

See Underhill Law of Torts

Art. 29.

- 1) A master is not liable to his servant for damage resulting from the negligence or unskilfulness of his fellow-servant in the course of their common employment.
- 2) A master who is personally negligent is liable to his servant for damage resulting from such negligence

and such negligence may consist on :—

- a. Employing another servant knowing him to be incompetent or without making proper enquiries as to his competence.
- b. retaining his employment a servant whom he knows to be habitually negligent.
- c. Allowing the premises, plants or machinery to be in a dangerous condition, when he knows or might have known they were dangerous.
- d. Breach of an absolute unqualified duty imposed the employer by statute to do something for the protection of workmen.

See Also, Under hills Law of Torts Book ninth Edition
see page 209 — Section II — The employess liability
Oct. 1880 — Art 94.

وجاء في المسؤولية عن الاخلال بواجب منع ضرر الاشياء الخطرة
والحيوانات بكتاب أندرهل المادة ٨٥ ما ترجمته
نظرية فلتشر ضد ريلند :

- إذا أتى شخص - الى أرضه ولاغراضه الشخصية - بشيء يحتمل أن
يحدث اضرارا إذا أفلت من مكانه * فعلى ذلك الشخص أن يحفظ ذلك الشيء
على مسؤوليته وهو مسئول عن أى ضرر ينجم عن افلات ذلك الشيء *
يعنى الشخص المذكور من المسؤولية إذا أثبت أحد الامور الآتية :
- ١ - ان افلات الشيء كان بسبب خطأ المدعى *
 - ٢ - ان افلات الشيء كان قضاء وقدر ، أى بسبب القوة القاهرة *
 - ٣ - ان افلات الشيء كان بسبب فعل خاطيء من قبل شخص غريب
لا سلطة عليه من قبل المدعى عليه *
- لا تنطبق النظرية المذكورة في الاحوال الآتية :

١ - اذا لم يكن المدعى عليه هو الذى أتى بالشئ أو جمعه أو حفظه
فى أرضه ♦

٢ - اذا كان المدعى عليه قد أتى بالشئ ، أو جمعه ، أو حفظه فى
أرضه ، ليس لأغراضه الشخصية ، بل لصلحة المتضرر نفسه كليا أو جزئيا ♦

٣ - اذا خوله القانون لياتى بالشئ ، أو يجمعه ، أو يحفظه على أرضه .
هذا وواقعة النظرية كالآتى :

« كان المدعى يستأجر منجما ، وكان المدعى عليه يملك طاحونة على أرض
مجاورة ♦ أراد المدعى عليه أن يبنى مستودعا للماء ، وبالفعل استخدم أشخاصا
خيرين بهذا الغرض - بعد أن تم صنع المستودع وامتلاء ماء انفجر من أسفل
حيث كانت الأرض طينية لينة ، فتسرب الماء منها الى منجم المدعى فأغرقه ♦
قالت المحكمة ان المدعى عليه هو المسئول ♦
هذا ، ونص النظرية باللغة الانجليزية :

See Underhill Law of Torts

CHAPTER IX LIABILITY FOR BREACH OF DUVY TO PREVENT DAMAGE FROM DANGEROUS THING

THE RULE IN FLETCHER AND RYLAND

Art. 58.

- 1) The person who for his own purposes brings on land which he occupies and collects and keeps there anything likely to do mischief if it escapes, must keep it in at his peril and if he does not do so in *prima facie* answerable for all the damage which is the consequence of its escape. This rule binds the crown.

2) He can excuse himself by showing :

- a. That the escape was due to the plaintiffs default or ;
- b. that the escape was the consequence of the act of God, or (vismajor).
- c. That the escape was due to the wrongful act of a stranger over whom the defendant had no control.

3) The rule does not apply :

- a. where the persons charged have not himself brought collected or kept the thing of the land which he occupied.
- b. Where he has brought or collected and kept it with the consent, express or implied, of the person who is damaged by its escape.
- c) If he has statutory authority for bringing collections or keeping it on the land which he occupies unless the contrary intention is to be inferred from the wording of the statute.
- 4) The rule has no application to the natural user of land and damags caused by the escape of things naturally on the land or legitimately placed there in connection with that natural user is not, in the absence of negligence, actionable.

وجاء في الضرر الحاصل بسبب الحيوان بكتاب أندرهل أيضا في المادة ٩٠
ما ترجمته :

« اذا اقتنى شخص حيوانا مقتصرا يكون بقاؤه تحت مسئوليته ويكون
مسئولا عن أى ضرر نتج عن عدم احكام صيانه »

صاحب الحيوان الاليف - اذا ثبت الى علمه بأن حيوانه شرس كالكلب
الشرس مثلا ، يكون مسئولا عن أى ضرر يحدثه الحيوان بسبب شراسة طبعه
اذا لم يحكم صيانه »

صاحب الحيوان الاليف - عدا الكلب والقط - يكون مسئولاً في حالة اعتداء الحيوان عن أى ضرر يحدثه ♦
صاحب الكلب مسئول عن أى ضرر يحدثه الكلب للمشاة والدواجن ♦
ماعد ما تقدم لا يكون صاحب الحيوان الاليف مسئول عما يحدثه من ضرر إلا اذا ثبت اهماله من قبله « ♦
ونص الترجمة باللغة الانجليزية كالآتي :

Art. 90—Damage by Animals—Page 196.

- 1) A person who keeps a wild animal or a domestic animal known by him to be vicious keeps it at his peril, and is liable for all the natural consequences of his not keeping it securely such as attacks on mankind, even though the immediate cause of the mischief is the intervening act of a third person.
- 2) A person who keeps a dog is liable from injury it causes to cattle sheep, horses etc. although he does not have any property to attack them.
- 3) A person who keeps a dog or other domestic animals is not liable for the consequences of its attacking mankind unless he keeps it with knowledge that it has a propensity to attack mankind

وجاء في واجب منع النار من احوادث الضرر ما ترجمته (يراجع كتاب اندرهل أيضا) مادة ٩١ :
« اذا أشعل شخص نارا فوق ملكه عمدا فهو ملزم بملاحظة أن لا تحدث النار ضررا للغير ، وهو مسئول اذا انتشرت النار وأحدثت أى ضرر ♦
اذا اتقدت نار قضاء وقدرنا على أرض شخص ، ثم انتشرت دون اهمال من قبله ، لا يكون مسئولا عن أى ضرر ♦
اذا أوقد شخص نارا على مقربة تنذر بالخطر للملك شخص ثالث ، وكان فعله بدون سلطة قانونية ، فهو مسئول عنها وهو ملزم عن أى اضرار يحدث .

♦ ♦ ♦ ♦ ♦ ♦
أما اذا كانت لديه سلطة قانونية تخوله ذلك فهو مسئول فقط عن الضرر
الناتج عن اهماله فى استعمال سلطته « ♦
ونص الترجمة باللغة الانجليزية كالآتى

Art. 91.

- 1) If a person intentionally makes a fire on his land, he must see that it does not harm to others and answer the damage if it does.
- 2) If a person by his negligence allows a fire to arise on his land he is liable if it spreads to his neighbour's land and does damage.
- 3) If a fire accidentally arises on a person's land and it spreads without negligence on his part he is not answerable.
- 3) Where a person brings fire into dangerous proximity to another's land without statutory authority he does damage. If he has statutory authority he is only liable if the damage results from negligence in using his statutory powers.

الباب الأول

الضمان وشروطه وأحكامه

الفصل الأول

الضمان

المبحث الأول:

الضمان في الشريعة الإسلامية:

للإنسان أن يستعمل حقه الذي أباحته له الشريعة من غير أن يضر أحداً أو تتعلق به أية تبعة أو مسئولية لدى الآخرين . فإذا تصرف في حدود الشرع وفي حقه المباح^(١) ونتج عن ذلك إضرار بالغير، فإن الفقهاء في الشريعة الإسلامية اختلفوا في ذلك .

إن جمهور الفقهاء يرون بأن لا تبعة ولا مسئولية عليه وبالتالي لا ضمان .

فلو شكك أحد مديونه إلى الوالي فغرمه السلطان ، لم يضمن الدائن .
وأيضاً لو حفر إنسان في ملكه بئراً فوقع فيها حيوان رجل وهلك لا يضمن حافر البئر شيئاً^(٢)، لأن حافر البئر فعل ما هو مباح له شرعاً .
فجواز الشرع ينافي الضمان ولا يجتمع ضمان وإباحة ، ومعنى هذه القاعدة.

(١) المنافع شرح المجموع ص ٣١٨ .

(٢) جامع الفصولين ج ٢ ص ١١٥ .

أنه لا يترتب على شخص ضمان بسبب فعله أو عدم فعله شيئاً إذا كان ذلك منه جائزاً شرعاً، لأن تسويغ الشارع ذلك الفعل أو الترك يقتضى رفع المسؤولية عنه وإلا لم يكن جائزاً، بخلاف ما لو تعدى كأن يحفر بئراً في الطريق العام فانه يضمن لتعديده حقوق العامة، وكذا لو حمل الدابة أكثر من المعتاد فهلكت .

وهذه القاعدة فيما يظهر مقيدة أن يكون الجواز الشرعى جوازاً مطلقاً، فلو كان جوازاً مقيداً فانه لا ينافي الضمان مثل أن يأكل المضطر طعام الغير ليمنع به الهلاك عن نفسه فانه يضمن بالرغم من أن أكله واجب لا جائز فقط، لأن هذا الجواز مقيد شرعاً بحفظ حقوق الغير، وكذا يضمن قائد الدابة وراكبها في الطريق العام وإن كان جائزاً إلا أنه مقيد شرعاً بشرط السلامة في كل ما يمكن التحرز منه .

وبهذا التخرج يمكننا أن نقلل من مستثنيات هذه القاعدة وكان الصحيح أن نقول « جواز الشرع المطلق ينافي الضمان » .

فقد قال الإمام الشافعى وأبو حنيفة في ظاهر الرواية وقال الحنابلة والظاهرية أيضاً : من استعمل حقه المباح لا يضمن ولا يمتنع من تصرفه ولو سبب فعله ضرراً للغير لأن حقه مطلق وقد أجاز الشرع والجواز ينافي الضمان ما لم يقيد ذلك الحق قيد أو يحده حد من الشارع .

وقد قال الشافعى في ذلك : « لا يحمل المرء من التصرف في ماله ما ليس بواجب عليه وإن الرجل له أن يفعل في ماله ما له أن يفعل ولو أضر هذا بغيره ، بل ولو أضر بنفسه أيضاً ... » (١)

وقال أبو حنيفة وهو أبو القياس : « من تصرف في ملسكه لا يمنع عنه وإن كان يتضرر جاره به .. » (١)

وقال ابن حزم الظاهري : « لا ضرر أعظم من أن يمنع المرء من التصرف في مال نفسه مراعاة لنفع غيره فهذا هو الضرر حقاً » (٢) .

هذا ، ويرى بعض الفقهاء أن التبعة والمسئولية تترتب عليه ، إذا سبب استعماله لحقه المباح ضرراً للغير ولو لم يسيء النية ويقصد الإضرار وعليه الضمان وذلك عند الإمام مالك ناظراً في ذلك إلى المصلحة (٣) .

وأيضاً عند أبي يوسف صاحب أبي حنيفة وقد خالف في ذلك القياس وظاهر الرواية ولعله تأثر في ذلك بحاجة الحياة الاجتماعية استحساناً .

وقد أخذ برأيه مشايخ بلخ والمتأخرون من الحنفية ، وقد استندوا في ذلك إلى أنه إذا تصرف أحد في ملسكه وتضرر جاره ضرراً يبتأ دائماً لا يمكن التحرز منه كان للجار أن يمنعه (٤) .

(١) فتاوى فاضيلخان بهامش الهندية ج ٢ ص ٢٥٦ .

(٢) المحلى ج ٨ رقم ١٣٥٥/١٣٥٧ .

(٣) تراجع المدونة ج ١٥ ص ١٩٧ وجاء فيها « إذا فتح أحد أبواباً وكوى في بنائه يشرف منها على دار الجار وعياله فإنه يمنع من ذلك وقيل هذا موافق لكتاب عمر لابن تهيقة » .

(٤) شرح الزيلعي على الكنز ج ٤ ص ٩٩٦ .

والفتاوى الحائية بهامش الهندية ج ٢ ص ٢٥٦ . =

وقال بذلك أيضاً الإمام الغزالي (١) .
ويمكننا أن نستدل على نظريتهم هذه بقوله تعالى « وبالوالدين
إحساناً وبذي القربى واليتامى والمساكين والجار ذى القربى والجار
الجنب » (٢) وبقوله صلى الله عليه وسلم « لا يؤمن أحدكم حتى يحب
لأخيه أو لجاره ما يحب لنفسه » .

ووجه دلالة الآية أن الله أمر بالإحسان إلى الجار القريب والبعيد
كما تفيد عبارة نصها والأمر بالشئ نهى عن ضده فأذى الغير محظور
والحظر يقتضى الضمان ، فمن أضر بغيره يجب عليه أن يضمن ما نتج عنه
مطلقاً ، سواء قصد الاضرار أو لم يقصد عملاً بالإطلاق الموجود فى الآية
إذ المطلق يبقى على إطلاقه ما لم يوجد مقيد ولا مقيد .

فاذا كان الإنسان قد يمنع من استعمال حقه إذا سبب استعماله ضرراً
فاحشاً بالغير فانه يكون من باب أولى منع الإنسان من إلحاق الضرر بالغير
من غير وجه حق كأنه يأخذ ماله غصباً أو بغير سبب شرعى ، قال تعالى :
« يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » (٣) وقال صلى

= وجامع الفصولين ج ٢ ص ٢٦٦ .

وقد أخذ برأيهم مشايخ الاسلام فى الدولة العثمانية وسارت عليه

مجلة الاحكام العدلية مادة ١١٩٧/١١٩٨ .

(١) جاء فى احياء علوم الدين ج ٢ ص ١٨٩ ما يأتى : « ان حسن
الجوار لم يكن كف الاذى فحسب بل احتمال الاذى واطهار الرفق واسداء
الخير والمعروف حتى قيل فى الامثال « الجار ولو جار » .

(٢) صحيح مسلم ج ١ ص ٤٩

سورة النساء ج ٤ آية ٣٦ .

(٣) سورة النساء ج ٤ آية ٢٩ .

الله عليه وسلم: « على اليد ما أخذت حتى تؤديه ». وقيل: « لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعى »^(١).
ويكون من باب أولى منعه من الاعتداء على نفس الغير أو جسده أو عرضه أو شرفه أو حريته أو ماله أو أى حق من حقوقه المشروعة^(٢).
قال صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » وقال تعالى: « ومن قتل مؤمناً خطئاً فتحريروا رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ». .
وعليه فالضمان بوجه عام هو التزام بتعويض مالى عن الضرر الذى يقع على الغير .

وفقهاء الشريعة يسمون الفاعل ضامناً .

والضمان هنا معناه اشغال الذمة بالالتزام بأداء مثل ما أتلف إن كان مثلياً وقيمه إن كان قيمياً^(٣) .

وان الأئمة المجتهدين لم يدرسوا المسؤولية فى نظرية عامة كالتى نراها فى بعض القوانين الوضعية الحديثة . وإنما بحثوا موضوعها على النحو العملى الذى كانوا يتبعونه فى اجتهادهم فيما لم يرد فيه نص ولهذا نجد أحكام المسؤولية مبعثة فى أبواب من الفقه متعددة مثل باب الجزايات والحدود والإتلاف والغصب والديات وغيرها .

هذا ورجال القانون الوضعى استعملوا تعبير المسؤولية وهو تعبير غريب فى اللغة العربية، لأنه مصدر صناعى معناه كون الإنسان مسئولاً مؤاخذاً .

أما مادة سأل فى اللغة العربية تفيد فى الاستعمال العام الاستفسار عن

(١) مجلة الأحكام العدلية مادة ٩٧ .

(٢) الجامع الصغير ج ٢ رقم ٥٤٥٥ .

(٣) المجلة العدلية مادة ٤١٦ تراجع .

مجهول وفي هذا جاء قوله تعالى : « يسألونك عن الشهر الحرام قتال فيه ، قل قتال فيه كبير »^(١) ، وقوله « يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما لإثم كبير »^(٢) ، وغير هاتين الآيتين كثير لا يقصد من السؤال فيها غير الإجابة عن المستول ، كما أنها قد تفيد الدعاء كما هو في الحديث القدسي :

« فسألوني فأعطيت كل واحد مسألته »^(٣) ، وقد تفيد التهويل والتهديد والتخريم والعقوبة ، وفي هذا المعنى قوله تعالى : « وقفوهم إنهم مسئولون »^(٤) ، وقوله صلى الله عليه وسلم « كلسم راع وكلسم مسئول عن رعيته »^(٥) .
أما رجال الفقه الإسلامي فقد استعملوا للتعبير عن المواخضة لفظ الضمان أو التضمنين السابق الذكر ولفظ الغرامة أو التخريم وكتب الفقه مليئة بذلك^(٦) .

هذا ، وفقهاء الشريعة يعبرون عن دفع الضرر الذي يصيب الجماعة وعمما يحقق مصلحتها بحق الله ، كما يعبرون عن دفع الضرر الذي يصيب الفرد وعمما يحقق له مصلحته بحق العبد^(٧) .

(١) البقرة ج ١ الآية ٢١٦ +

(٢) البقرة ج ١ الآية ٢١٨ +

(٣) رواه البخاري ومسلم +

(٤) الصافات ج ٣٧ آية ٢٣ +

(٥) رواه البخاري +

(٦) المسئولية المدنية والجناحية في الشريعة الإسلامية للشيخ شلتوت

ص ٢ +

(٧) كشف الاسرار ج ٤ ص ١٢٥٤ و ١٢٥٥ جاء فيه « وحق الله تعالى ما تعلق به النفع العام للعالم فلا يختص به أحد ، وينسب الى الله تعالى تعظيما أو لثلا يختص به أحد من الجبابرة . كحرمة البيت الذي تعلق به مصلحة =

والحقوق التي تستوجب المسؤولية على من يخل بها هي :

١ — حقوق الله الخالصة : وهي التي يتعلق بها النفع العام من غير اختصاص بأحد ونسبت إلى الله تعالى لعظم خطرها ولشمول نفعها ولتقديرها ولزوم احترامها .

ومن هذه الحقوق العقوبات الكاملة كالحدود الخالصة مثل حد السرقة والعقوبات القاصرة كمنع القاتل من الميراث .

وتستوفى باسم النفع العام^(١) ولا يقبل العفو عنها ، ولا التنازل والصلح فيها ، ولا التهاون في إقامتها .

٢ — حقوق العباد الخالصة : وهي ما تعلقت بها مصلحة خاصة لأحد الناس كحرمة مال الغير ، وهذه بخلاف حقوق الله الخالصة ، يجري فيها الإرث وتسقط بالصلح والعفو وتدخل فيها العقوبة الخاصة كالدية والأرش وحكومة العدل . ويصح فيها العفو والصلح على مال معلوم .

٣ — ما اجتمع فيه حق الله وحق العبد ، وكان حق الله غالباً — كحد القذف عند الحنفية .

ويجري في هذا الحق الإرث إلا أنه لا يسقط بالعفو .

١ — العالم باتخاذ قبة لصلاتهم ومثابة لاعتذار اجرامهم ، وكحرمة الزنا ، لما يتعلق بها من عموم النفع في سلامة الانسان ، وصيانة الفراش ، وارتفاع السيف بين العشائر بسبب التنازع بين الزناة +
(١) في أيام الدولة العباسية كانت استيفائها منوط بمنصب صاحب الشرطة تراجع : مقدمة ابن خلدون ص ٢١٨ •

(٤) ما اجتمع فيه الحقان وحق العبد أغلب كالتقصاص وهذا يجري فيه الإرث . ويصح فيه العفو والصلح على مال معلوم .

والمسئولية المترتبة على هذه الحقوق يمكن تقسيمها إلى قسمين :
القسم الأول : مسئولية دينية : ليس لها عقوبة شرعية ظاهرة أكثر من استهجان المجتمع وتأنيب الضمير وإنما عقوبتها في الآخرة أمام الله تعالى .
القسم الثاني : مسئولية قضائية : وهذه لها عقوبات محدودة أو غير محدودة يحددها القاضى بما يراه موافقا للحق والعدل وصلاح المجتمع .
ويدخل فى هذا القسم الأخير الجرم المدنى الذى تهمنا دراسته وهو :
الذى يضمن بسببه المعتدى العوض اللازم للضرر اللاحق بالحق
الثابت للضرر بغير وجه شرعى .

وينقسم الجرم المدنى إلى :

(١) عقدى : ويترتب على الإخلال بشرط لأحد المتعاقدين مصرح به فى صيغة العقد أو مدلول عليه بالعرف أو تقتضيه طبيعته .
وقد جاء فى قواعد الحنفية :

« يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان » .

وقد جاءت القواعد العامة لغيرهم وقالت : « إن العادة المطردة تنزل منزلة الشرط » (١) .

(٢) تقصيرى (٢) : ويندرج تحتها الأنواع الآتية :

(١) المسئولية المدنية للمشيخ شلتوت ص ١٧ .

(٢) استعمل الفقهاء لفظ التقصير بمعنى التعدى وعبروا به عن الإخلال =

النوع الأول : مسئولية ناشئة عن الاستيلاء القهرى أو الغصب
والغصب عبارة عن « إزالة الإنسان يد المالك عن ملكه ويضع يده
عليه بغير حق شرعى » .

وقد اختلفت فقهاء الشريعة فى تفويت يد المالك فقط وإثبات اليد
القاهرة فقط ، هل يكفي أحدهما فى تحقق المسئولية عند هلاك المال
المغصوب (١) . ، إن أبا حنيفة وأبا يوسف يقرران أن المسئولية الناشئة
عن الاستيلاء القهرى لا بد فيها من إزالة يد المالك وإثبات اليد القاهرة ،
يرى محمد من أئمة الحنفية أنه يكفي تفويت يد المالك ، ويرى الشافعى أنه يكفي
فيها إثبات اليد القاهرة ، وعلى هذا الخلاف قال أبو حنيفة وأبو يوسف :
إن هذه المسئولية لا تتحقق فى العقار ، وحكم الشافعى ومحمد بضمانه ،
أما زوائد المغصوب فمحمد يرى كاستأذيه عدم ضمانها لعدم تفويت يد المالك
فيها ويرى الشافعى ضمانها لإثبات اليد القاهرة ، ومن فروع المسألة

= والخطأ وعنوانه عدم الاحتراس والاهمال وعدم القيام بالواجب المطلوب ومن
النصوص الفقهية فى ذلك ما جاء فى البدائع ج ٧ ص ٢٨١ « لو سقط سرج
دابة فعطب به انسان ، فالدية على السائق أو القائد ، لأن السقوط لا يكون
الا بتقصير منه فى شد الحزام ، فكان سببا للمقتل متعديا فى التسبب »
وجاء فى الجوهرة النيرة على مختصر القدورى فى نفس المسألة ج ٢
ص ١٣٦ طبعة ١٣٢٣ هـ ما نصه « لأن الوقوع لتقصيره بترك الربط والاحكام
فيه » .

وجاء فى الباب فى شرح الكتاب ص ٢٩٠ ما نصه « من قاد قطارا فهو
ضامن لما وطىء ، لأن عليه حفظه ، كالسائق ، فيصير متعديا بالتقصير فيه
والتسبب بوصف التعدى سبب الضمان » .

(١) يراجع البدائع ج ٧ ص ١٤٣

وكتاب المسئولية المدنية للشيخ شلتوت ص ١٢

مالو غضب رجل دابة وساقها فتبعها ولدها فتلف الولد بذئب اعتدى عليه فإنه لا يضمن الغاصب إن لم يسق الولد معها ، ويرى الشافعى الضمان .

٢ — المسؤولية الناشئة عن مباشرة الإلتلاف مالا أو نفساً أو عضواً وغير ذلك . والإلتلاف هو إخراج الشيء المتلف عن أن يكون منتفعاً به المنفعة المطلوبة عادة . والفقهاء اختلفوا في إلتلاف المنافع^(١) .

٣ — المسؤولية الناشئة عن التسبب في الإلتلاف الإيجابي ، وتكون بإحداث أمر يفضى إلى إلتلاف شيء آخر على جرى العادة .

وهذه المسؤولية لا ضمان فيها إلا بالتعمد وتحقق السببية غالباً بين الفعل المفضى والإلتلاف من غير تدخل سبب آخر .
ومن الأمثلة عليه :

أن يقطع شخص حبل قنديل معلق عليه فيسقط القنديل وينكسر .
ومثل أن يسقى المزارع أرضه ماء فوق المعتاد فيغرق أرض جاره فيتضرر بهذا بضياع بعض المنفعة من أرضه .
فالملكية والحنفية^(٢) يرون أن المنافع لا تضمن وقد عرضوا لهذا الخلاف في باب الغصب .

قال الحنفية ومن وافقهم : إن منافع المخصوص لا تضمن لأن المنافع ليست أموالاً في المذهب عندهم لفقدانها شرط التمول والتحول لصيانة الشيء .

(١) كتاب المغنى ج ٥ ص ٤٣٥ : فإن الشافعية والحنابلة يرون أن التعويض كما يكون باتلاف العين أو اتلاف جزء فيها أو اتلاف وصف مقصود يكون باتلاف المنافع التي تحدث باستعمالها وقتاً فوقتاً .
(٢) يراجع كتاب العز بن عبد السلام فى قواعد الأحكام فى مصالح الانام .

وإحرازه والمنافع لا يمكن إحرازها إذ أنها لا تبقى زمانين بل تكسب
آناً بعد آن وبعد الاكتساب تتلاشى وتنفى ولا يبقى لها وجود (١) .
فمن غصب دابة واستخدمها أو لم يستخدمها ولكن ضيع منافعها على
صاحبها مدة فإنه لا ضمان عليه .

وقال الشافعية ومن وافقهم كالحنابلة : عليه الضمان لأن المنافع أموال
لإمكان إحرازها وحيازة مصادرها وهو الرأى الصحيح لأن الأعيان
لا تقصد لذاتها وإنما لمنافعها وهكذا العرف والمعاملات بين الناس وإلى
هذا الرأى مال القانون الوضعي (٢) . قالوا: والكلام فيما له منافع تستباح
بعقد الإجارة كالعقار والثياب والدواب ، فأما الغنم والشجر والطيور
ونحوها مما لا تستحق منافعها بعوض فإنه لا ضمان لمنافعها .

ولعل هذا الاستثناء بالنظر إلى بلاد لم يجر العرف فيها باستحقاق
العوض على منافع هذه الأشياء . أما البلاد التي يجرى العرف فيها بهذا
النوع من الاستئجار فيظهر أنهم يقولون بالضمان في منافعها لتحقق العلة
التي بنوا عليها الضمان .

وبما تضمن منفعه عندهم الحر يستخدمه الغير بالإكراه أو بحبسه
مدة لمناله أجر .

ويقاس على ذلك ضمان مدة الجرح الذى أحدث فيه ومنع به عن

(١) يراجع بحث استاذنا الشيخ البرديسى المقدم للمجلس الأعلى لرعاية
الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية فى الميراث والوصية سنة ١٩٦٤ ص ٥ +
(٢) المال فى عرف القانون هو الحق ذو القيمة المالية أيا كان ذلك الحق
سواء أكان عينيا أم شخصيا أم حقا من حقوق الملكية الأدبية والصناعية النخ +
يراجع شرح القانون المدنى الجديد لمحمد كامل مرمى ج ١ ص ١٣ +

العمل ، فإنه حبس عن العمل وتقويت للمنفعة المتقدمة^(١) .

والذى يظهر لنا من الخلاف المذكور أن رأى الشافعية ومن وافقهم فيه إنصاف وعدالة ، لا سيما وإن الأصل عند فقهاء الإسلام تلبس المصالح إن وجدت وهنا المصلحة واضحة في القول بالضمان في المنافع^(٢)

٤ - المسئولية الناشئة عن التسبب السلبي : وتكون بأن يهمل الشخص في القيام بعمل مطلوب منه فيترتب عليه أضرار بحق ثابت للغير ، وفي هذا القسم تدخل المسئولية عن فعل الغير والحيوان والأشياء .
ومن أمثلة ذلك :

« امرأة تصرع أحياناً فتحتاج إلى حفظها لئلا تقع في النار وهي في منزل الزوج ، فإن قصر في حفظها حتى أُلقت نفسها في النار يضمنه . »^(٣)
وأيضاً مثل « امرأة تركت ولدها عند امرأة وقالت هو في حجرى ، فذهبت المرأة الثانية وتركته فوقع في النار ، فعليها الدية إن كان الصبي ممن لا يحفظ نفسه ، »^(٤) .

فسبب الضمان هنا هو التقصير والتوانى في مراعاة الواجبات وعدم الاهتمام بها، الأمر الذى تنتج عنه المسئولية فمن نقل صبيّاً صغيراً حرّاً من

(١) يراجع كتاب المسئولية المدنية والجنايئة للشيخ شلتوت ص ٩ •

(٢) يراجع فتح القدير باب الغصب فى تضمين المنافع والبدائع •

(٣) يراجع معين الأحكام ص ٢٠١

(٤) يراجع جامع الفصولين ج ٢ ص ١١٤

جاء فى معين الأحكام ص ٢٠١ ومن مسائل الضمان ابن ثلاث سنين وحق الحضانة للام فخرجت وتركه الصبي فوقع فى النار تضمن قاله شرف الأئمة الكلى وقال فى المحيط لا تضمن فى أبين ست سنين ومثله الحكم فى مثالنا •

أعماله فافتقره سبيع أو حية فقد قال الشافعية وزفر من الحنفية ليس عليه الضمان إلا إذا وضع الطفل في أرض تسكث فيها الأفاعى والسباع فيكون عليه الضمان لإهماله وسبب عدم الضمان في الحالة الأولى عندهم لأن الغصب لا يتحقق في الحر والهلاك لم يكن بسبب الثقل وإنما حصل بسبب مباشرة الحيوان واختياره . وقد قال الحنفية على الرأى المختار عندهم بالضمان مطلقاً ، لأن الناقل الغاصب فوت على الصبي الصغير حفظ أهله وقصر هو في حفظه حتى تسبب في هلاكه .

ومثل اختلافهم هذا اختلف الأحناف في المثل السابق فقد قالوا على الرأى المختار بالضمان للتقصير في الحفظ مالم يبلغ الطفل سنه السادسة ، لأن من بلغ هذه السن يقدر على حفظ نفسه من النار .^(١)

وقد جاء عند الحنابلة مثلاً كهذا في رجل سلم ولده للسباح ليعلمه فغرق الولد ، فعلى السباح الضمان لتقصيره وتفريطه في الانتباه المطلوب^(٢) .

المبحث الثاني

الضمان في القانون :

الضمان في القانون ، ويسمى بالمسئولية ، والمسئولية بوجه عام هي عبارة عن تحمل الشخص لالتزام أو لجزاء قانوني معين نتيجة لفعله أو لتصرفه الذي يرتب عليه القانون آثاراً معينة .
أو هي حالة الشخص الذي ارتكب أمراً يستوجب المؤاخذه عليه .

(١) يراجع المبسوط ج ٢٧ ص ٢٣ .

الدائع ج ٧ ص ١٦٦ .

(٢) يراجع الوجيز ج ٢ ص ١٤٩ والمغنى ج ٩ ص ٥٧٧ .

وهي بهذا المعنى تنقسم إلى قسمين :

القسم الأول : المسؤولية الأدبية :

وهي أن يرتكب الشخص أمراً مخالفاً للدين أو الأخلاق .

ومسئولية صاحبها أمام ضميره وأمام الله لا تعدو استهجان المجتمع للمسالك المخالف . وتحقق المسؤولية الأدبية حتى ولو لم يوجد ضرر للغير .

القسم الثاني : المسؤولية القانونية :

وهي أن يرتكب الإنسان أمراً يستتبع جزاءً قانونياً وينقسم إلى : -

١ - مسؤولية جنائية : إذا ارتكب الشخص فعلاً أو تصرفاً يرتب

القانون عليه عقوبة معينة ردعاً له وزجراً . ويكون مرتكبها مسؤولاً قبل الدولة باعتبارها مشخصة للمجتمع فتعاقبه باسم المجتمع ولا يصح للنيابة العامة النزول عن ذلك الحق العام ولا التسامح فيه .

٢ - مسؤولية مدنية : بأن يتحمل الشخص المعين التزاماً ينتج

عن إخلاله بعقد أو التزام بالتعويض نتيجة فعله الضار .

والبضرور وحده في المسؤولية المدنية حق المطالبة، كما له حق

النزول عنه .

وهي تنقسم إلى قسمين :

القسم الأول : مسؤولية عقدية :

وتقوم على الإخلال بالتزام عقدي يختلف باختلاف ما اشتمل عليه .

العقد من التزامات .

القسم الثاني : مسؤولية تقصيرية :

وتقوم على الإخلال بالتزام عدم الإضرار بالغير .

وتنقسم المسؤولية التقصيرية إلى قسمين :

(١) المسؤولية التقصيرية عن العمل الشخصي :

وتقوم على خطأ واجب الإثبات يصدر من المسئول شخصياً^٣ وعلى المضرور إثبات خطأ المسئول نفسه .

(ب) المسئولية عن عمل الغير والأشياء :

والمسئولية التقصيرية عن عمل الغير والأشياء تقوم على خطأ مفترض سبب ضرراً ناشئاً عن إهمال من هم تحت رعاية المسئول أو عن عدم الدقة والانتباه في مراقبتهم ، أو عن عدم ملاحظته إياهم .

وهذه المسئولية الأخيرة « المسئولية التقصيرية عن عمل الغير والأشياء » هي التي تعيننا لأنها موضوع رسالتنا والله الموفق .

التمييز بين أنواع المسئولية :

التمييز بين المسئولية الأدبية والمسئولية القانونية يتلخص في الفروق الآتية :

١ — المسئولية الأدبية لا يترتب عليها جزاء قانوني أما المسئولية القانونية فلا بد من ترتيب جزاء عليها .

٢ — المسئولية الأدبية أساسها الذي تقوم عليه ذاتي محض ، لأنها مسئولية أمام الله والضمير خلافاً للمسئولية القانونية فإن العنصر الموضوعي يدخلها ، لأنها مسئولية أمام شخص آخر من المجتمع .

٣ — المسئولية الأدبية تتحقق حتى ولو لم يوجد ضرر ، أما القانونية فلا تتحقق إلا بوجود ضرر له مظهر خارجي وأحاق بشخص آخر غير المسئول .

٤ — المسئولية الأدبية أوسع نطاقاً من المسئولية القانونية ، لأنها تتصل بعلاقة الإنسان بربه ونفسه والآخرين بخلاف القانونية فإنها لا تتصل إلا بعلاقة الإنسان بغيره من أفراد المجتمع .

- والتمييز ما بين المسؤولية الجنائية والمدنية يتلخص في الفروق الآتية :
- (١) أن الضرر في المسؤولية الجنائية يصيب المجتمع . أما في المسؤولية المدنية فإنه يصيب فرداً معيناً .
- (٢) الجزاء في المسؤولية الجنائية عقوبة للزجر والردع . أما في المسؤولية المدنية فتعويض لجبر الضرر فقط .
- (٣) الذي يطالب في المسؤولية الجنائية بالعقوبة النيابة العامة (١)

- (١) أنظر مصادر الالتزام للاستاذ الدكتور الصدة ص ٤٣١ فما بعدها
- جاء فيه : « أثر قيام المسئولين معا (الجنائية والمدنية) على عمل واحد :
- إذا وقع عمل ترتبت عليه المسئولتان الجنائية والمدنية معا فإن الاولى وهي الأقوى لأنها حق المجتمع ، تؤثر على الثانية وذلك من الوجوه الآتية :
- ١ - فمن حيث الاختصاص يمكن أن ترفع الدعوى المدنية وهي دعوى التعويض أمام المحكمة الجنائية كي تفصل فيها مع الدعوى الجنائية فالدعوى المدنية هي التي تتبع الدعوى الجنائية .
- ٢ - ومن حيث السير في الدعوى ، تقف الدعوى الجنائية الدعوى المدنية (م ٢٦٥ من قانون الاجراءات الجنائية) وهذه هي القاعدة المعروفة التي تقول ان « الجنائي يقف المدني » فإذا رفعت الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية ولم يتم الفصل فيها قبل رفع الدعوى الجنائية وجب وقف الدعوى المدنية . فيتعين على القاضي المدني أن يقف السير في الدعوى المدنية حتى يفصل في الدعوى الجنائية .
- ٣ - ومن حيث حجية الأمر المقضى ، تقول المادة ٤٠٦ مدني « لا يربط القاضي المدني بالحكم الجنائي الا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضروريا . فقد جعل الشارع للاحكام الجنائية حجية أمام المدنية .

= وقد أوضحت المادة ٤٥٦ من قانون الاجراءات الجنائية حدود هذه الحجية طبقاً للقاعدة التي نصت عليها المادة ٤٠٦ مدنى .

فاذا قضت المحكمة الجنائية بالادانة أى بوقوع الفعل الذى يكون أساس الدعوى وبوصفه بأنه جريمة معينة ونسبته الى المتهم فإنه يتعين على المحكمة المدنية أن ترتبط بهذا القضاء ، فتعتبر هذه الامور ثابتة ولو كانت الدعوى مرفوعة على المسئول مدنيا الذى لم يكن ممثلاً فى الدعوى الجنائية .

واذا قضت المحكمة الجنائية بالبراءة وجبت التفرقة بين الحالتين الاولى تكون البراءة فيها قائمة على عدم ثبوت نسبة الواقعة الى المتهم ، وفى هذه الحالة يجوز الحكم الجنائى حجية الأمر المقضى فى شأن هذه النسبة ، فيتعين على القاضى المدنى أن يعتبر هذه النسبة غير قائمة . فاذا كانت الدعوى المنظورة أمامه دعوى تعويض وجب عليه فى هذه الحالة أن يرفض الدعوى . ويستوى فى ذلك أن يكون القاضى الجنائى قد أسس البراءة على نفى نسبة الواقعة الى المتهم ، أو يكون قد أسسها على عدم كفاية الادلة على هذه الادلة أو الشك فيها .

والحالة الثانية تكون البراءة فيها مبنية على أن الفعل لا يعاقب عليه القانون ، .

وحينئذ تكون المحكمة الجنائية قد فصلت فى الواقعة أساس الدعوى دون أن تفصل فى نسبتها الى المتهم ، فتتبقى حجية الحكم الجنائى أمام المحكمة المدنية ، فيجوز للقاضى المدنى فى هذه الحالة أن يقول بثبوت الفعل المنسوب الى المتهم وأن يقضى بالتعويض على أساس كون هذا الفعل خطأ ترتب عليه ضرر ويتحقق ذلك اذا كان الفعل المنسوب للمتهم لا يصدق عليه وصف الجريمة أو كان الحكم بالبراءة راجعاً الى انقضاء الدعوى المدنية بموت المتهم أو بالعفو الشامل أو بالعفو عن العقوبة أو بالتقادم .

٤ - ومن حيث التقادم تقضى المادة ١٧٢ مدنى بأن دعوى التعويض =

باعتبارها بمثابة المجتمع . وأما في المسؤولية المدنية فالذى يطالب بالتعويض هو الفرد المضروب بنفسه ، وله الحق في الصلح أو التنازل بخلاف النيابة العامة فليس لها شيء من ذلك لأن الحق للمجتمع وليس لها .

(٤) العقوبات في المسؤولية الجنائية والجرائم محصورة ومحدودة وتنطوي العقوبة فيها على الإلزام بخلاف التعويض في المسؤولية المدنية فإنه ليس في حاجة إلى تحديده ولا الأعمال غير المشروعة في حاجة إلى نصوص تحصرها .

(٥) النية في المسؤولية الجنائية ركن في الخطأ ويشترط أن يكون لها مظهر خارجي يصل إلى حد معين من الجسامة . أما المسؤولية المدنية فلا يشترط فيها النية ، لأن أكثر الخطأ فيها عن إهمال لاعن عمد .

التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية :

التمييز بينهما يتلخص في الفروق^(١) الآتية : —

(١) تقوم المسؤولية العقدية على الإخلال بالتزام عقدي يختلف باختلاف ما اشتمل عليه العقد من التزامات بخلاف المسؤولية التقديرية فإنها تقوم على إخلال بالتزام قانوني واحد هو عدم الإضرار بالآخرين .

= المدنية لا تسقط بالتقادم الا بسقوط الدعوى الجنائية • فإذا كانت الدعوى الجنائية لم تتقادم بعد فإن هذا يحول دون تقادم الدعوى المدنية حتى لو كانت مدة تقادم هذه الدعوى الأخيرة قد انقضت • والعكس غير صحيح فعدم تقادم الدعوى المدنية لا يمنع من تقادم الدعوى الجنائية •

(١) تراجع نظرية الالتزام لحشمت ص ٣٧٠ الى ٣٩٠ .

يراجع الوسيط ج ١ للدكتور السهوري ص ٧٧٥ فما بعدها •

تراجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٣٥٢ فما بعدها •

فهو قاعدة كلية أساسية تعنى عبارة « لا ضرر » منع كل اعتداء ضار بالغير بدون وجه حق .

(٢) الدائن والمدين فى المسئولية العقدية كانا مرتبطين بعقد سابق لتحقيق المسئولية .

بخلاف المسئولية المدنية فالدائن والمدين أجنبيان أحدهما عن الآخر قبل تحقق الضرر .

(٣) الدائن والمدين فى المسئولية العقدية أنشأ الالتزام بإرادتهما وحددا مداه ومن ثم رسما مدى التعويض عن الضرر ولم يدخل فى حسابهما الضرر غير المتوقع بخلاف المسئولية التقصيرية فإن الالتزام بين الدائن والمدين أنشأه القانون وحدد مداه ولم تتدخل إرادة الطرفين فى شيء من ذلك ولذلك وجب التعويض ، سواء توقعه الطرفان أو لم يتوقعاه .

الفصل الثاني

شروط الضمان

المبحث الأول

شروط الضمان في فقه التشريع الإسلامي

درس فقهاء الشريعة الإسلامية التصرفات غير المشروعة الضارة (التي تستوجب التعويض اللازم جزاء فعلها) كل تصرف منها على حدة وينبوا أحكامه من غير أن يضعوا نظرية عامة تجمعها كلها في قاعدة واحدة تندرج تحتها أحكام فرعية توحيها، إلا أنهم مع ذلك قد توصلوا بالتدرج إلى وضع قواعد عامة تصلح في مجموعها لأن تكون أساساً لمبدأ عام يشملها جميعاً . وفي الجنايات الجنائية التي لم يحدد لها الشرع قصاصاً ولا دية ولا أرشاً ، نجد الفقهاء قد توسعوا في حكومة العدل وجعلوا منها مبدأ عاماً يقضى بأن كل اعتداء ضار يصيب المرء في جسمه يلزم فاعله بالضمان حسب تقدير القاضي كما وضعوا مبدأ عاماً في باب الإتلاف في الأموال يقضى بأن كل عمل ضار أصاب مال الغير بدون حق يوجب الضمان على المعتدى ، وهذا المبدأ الذي نجده في باب الإتلاف بصورة خاصة قد تبسط الفقهاء فيه وأدخلوا تحته أمثلة خارجة عن الضرر المالى حتى سمي كل ضرر إتلافاً سواء وقع على النفس أو المال .

وقد كان نتيجة كل ذلك تأسيس نظرية واسعة في الضمان وأسبابه وشروطه ، نظرية مبنية على قواعد كلية تشمل معظم الجرائم إن لم نفل جميعها ، وهذا التعميم يؤيده الحديث الشريف « لا ضرر ولا ضرار » .

وعبارة « ولا ضرار » تقوى ذلك وتؤيده وتزيد معانيه .
ولما لم يكن كل ضرر موجب للضمان نرى أنه يجب ليسكون الفعل
الضرار موجبا للضمان أن يكون مستوفيا للشروط الآتية : —

الشرط الأول : التعدى

الشرط الثانى : الضرر

الشرط الثالث : العلاقة بينهما

الشرط الأول : التعدى

التعدى عند المالكية يكون (فى الأموال والنفوس والأبدان وما إلى ذلك) بمجاوزة الحق إلى حقوق الآخرين ويطلق التعدى عندهم ويراد منه الجنائية وغصب المنفعة والجرم بوجه عام .
قال ابن عرفة التعدى هو « التصرف فى شىء بغير إذن ربه وبدون صدم تملكه » (١) .

وقال ابن عاصم فى أرجوزته تحفة الأحكام : « المتعدى فاضب المنافع ، هذا ، وليس المقصود من التعدى هنا المعنى الشائع وهو الظلم والعدوان ومجاوزة الحقوق ولا التعمد وعدم التحرز كما يلاحظ فى بعض كتب الفقه .
ولأنما المقصود من التعدى « العمل الضرار بدون حق أو جواز

(١) تراجع البهجة شرح التحفة للتسولى ج ٢ ص ٣٤٤ و ٣٥١ .

والمنهاج والأكليل للمواق بها مش الخطاب ج ٥ ص ٢٧٤ .

والقوانين لابن جزى ص ٣٣١ ، جاء فيه ما نصه :

« التعدى أعم من الغضب لأن التعدى يكون فى الأموال والفروج والنفوس والأبدان ، فأما التعدى فى النفوس والأبدان فنذكره فى باب الدماء والقصاص ونذكر هنا فصلين فى الأموال والفروج . « الفصل الأول » فى التعدى فى الأموال وهو على . . أنواع « الأول » أخذ الرقبه وهو الغضب الذى تقدمت

شرعى^(١)، وقد استعملت بحلة الأحكام العدلية عبارة تعتمد بدلا من تعدى استعمالا غير صحيح ولعل سبب ذلك هو عدم التمييز بين لفظ تعدى وتعتمد خلافا لمجمع الضمانات فان استعماله في هذا الصدد استعمال صحيح، فالضرر الذى يوجب التعويض يجب أن يحصل تعديا أى بخير حق شرعى. أما الضرر الناتج عن عمل مباح، أو عن استعمال حق لا يوجب التعويض، ومن قواعدهم فى ذلك قولهم :

« الجواز الشرعى ينافى الضمان، على الخلاف الذى مضى ولكن هل يكفى التعدى وحده لإيجاب المسؤولية أم يجب أن يكون أيضا الفاعل قصدا حصول الضرر بالغير — والقصد: هو توجيه الإرادة نحو فعل ما — أو قصر — والتقصير: هو إهمال أمر يجب إجراؤه والانتباه إليه، — أو لم يتم بالتحرز اللازم — وعدم التحرز: هو توجيه الإرادة نحو فعل شئ من غير حساب لنتائجه. »

يظهر أن الأمر يختلف فى الشريعة عما هو فى القانون الوضعى فانه

أحكامه فى الباب قبل هذا « الثانى » أخذ المنفعة دون الرقبة وهو ضرب من الغضب ويجب فيه الكراء مطلقا « الثالث » الاستهلاك باتلاف الشئ كقتل الحيوان أو تحريق الثوب كله أو تخريقه، وقطع الشجر وكسر الفخار واتلاف الطعام والدنانير والدراهم وشبه ذلك ويجرى مجراه التسبب فى التلف كمن فتح حانوتا لرجل فتركه مفتوحا فسرق أو فتح قفص طائر فطار أو حل دابة فهربت أو حل عبدا موثقا فأبق أو أوقد نارا فى يوم ريح فحترقت شيئا، أو حفر بئرا بحيث يكون تعديا فسقط فيه انسان أو بهيمة أو قطع وثيقة فضاع ما فيها من الحقوق، فمن فعل شيئا من ذلك فهو ضامن له استهلكه أو أتلفه أو تسبب فى أتلافه، سواء فعل ذلك عبدا أو خطأ .. »

(١) يراجع الاشياء والنظائر لابن نجيم ص ٤١٣ •

= والمجلة مادة ٩٢/٩٣ •

ومجمع الضمانات ص ١٤٦ •

ذهب إلى رأى وسط بين النظريتين في القوانين الحديثة وهما : —
النظرية الأولى ، التي توجب وجود الخطر « نظرية الخطأ » ولا ترى
مسئولية إلا إذا وجد الإدراك أو القصد أو التقصير أو قلة الاحتراز .
والنظرية الثانية : نظرية المخاطرة ، التي توجب المسؤولية على كل شخص
أضر بغيره بدون وجه حق سواء أ كان مخطئاً أو لم يكن . وهذه النظرية
ليست السائدة .

أما نظرية الشريعة الإسلامية التي تعتبر وسطاً بين النظريتين المذكورتين
فهي تستلزم وجود شرط التعمد أى الخطأ في الأضرار التي تقع تسبباً
وذلك لأن التسبب وسيلة إلى الفعل الضار ، ولذا كان محتاجاً لما يقويه
ويوصله بالفعل الناتج منه بوضوح ومن هنا كان لابد للضمان بالتسبب
من القصد أو التقصير أو قلة التحرز .
كما تأخذ الشريعة الإسلامية بالمخاطرة في الأضرار مباشرة وذلك لأن
الفعل المباشر متصل بالفعل الناتج عنه بدون فاصل أو شبهة فاصل ولذا
كان كافياً وحده للضمان .

ومن هنا نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يستعملوا لفظة خطأ
بالمعنى المعروف لدى رجال القانون الحديث وإنما استعملوا في محلها لفظة
تعمد وهي تعطى نفس المعنى للخطأ التي ذهب إليها القانون .

أما لفظة خطأ في الشريعة الإسلامية فقد جاء في المعنى لابن قدامة
والشرح الكبير للدرديري في باب مسألة « في القتل الخطأ ومعناه وحكمه »
ما يوضحه قال الدرديري : « إن الخطأ أن يفعل فعلاً لا يريد به إصابة المقتول
فيصيبه ويقتله مثل أن يرمى صيداً أو هدفاً فيصيب إنساناً فيقتله » (١)

قال ابن المنذر : « أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن القتل الخطأ
أن يرمى الرامي شيئاً فيصيب غيره لا أعلمهم يختلفون فيه ، هذا قول عمر

(١) تراجع الشرح الكبير للدرديري ج ٩ ص ٣٣٨

ابن عبد العزيز وقتادة والنخف والزهرى وابن شبرمة والثورى ومالك
والشافعى وأصحاب الرأى .

وهذا الضرب من الخطأ تجب فيه الدية على الفاعل والكفارة فى
مال القاتل بغير خلاف لعلمه .

قال النبى صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما
استكرهوا عليه » .

والذى يمكن أن نلاحظه من النص المذكور ان كلمة خطأ فى التشريع
الإسلامى فى باب القتل خطأ تعنى عدم القصد .

أنواع التعدى :

المباشر ضامن ^(١) على الإطلاق وإن لم يعتمد ، وإن كان غير مميز
وفقد إدراك ما يفعل .

أما المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي والتعمد سواء بالقصد أو التقصير
أو قلة التحرز وعلى ذلك فأقسام التعدى فى حالة التسبب هى :

(١) جاء فى مجمع الضمانات ص ١٤٦ ما يأتى : « المباشر ضامن وإن
لم يتعمد والتسبب لا يضمن إلا اذا كان متعمدا » وأتى بأمثاله كلها تفيد اشتراط
الحظر فى اتلاف التسبب والفعل لا يكون محظورا إلا مع القصد ولان الفعل
المصادر لا عن نية وإرادة لا اثم فيه .

وجاء فى الأشباه والنظائر لابن نجيم ج ٢ ص ٩٩ « المباشر ضامن وإن
لم يتعمد والتسبب لا يضمن إلا اذا كان متعمدا » وفى جامع الفصولين من الجزء
الثانى فروع عديدة تدل على تضمين التسبب اذا لم يوجد مباشر متى كان
التسبب جانبا والفعل الذى باشره التسبب كان جناية لا حوق له فيه .

هذا ، وأصل التعدى مجاوزة القصد والاعتدال وإن لم يكن عن قصد
فى اللغة وإن من قال من الفقهاء ان التعدى فى الفعل المباشر وعدمه سواء
يعنى أن الفعل فى حالة المباشرة لا يشترط أن يكون محظورا بخلاف التسبب .
وفقط تأثر فى العبارة بقوله تعالى « ومن يتعمد حدود الله فقد ظلم نفسه »
أنى عن قصد .

(١) التحدى في حالة التسبب قصداً وذلك بأن يوجه المعتدى إرادته إلى الفعل الضار ويتولى نتائجه (١) .

وهذا القسم أقوى أحوال التسبب وليس فيه خلاف نعرفه ومن نوع خطأ العمد عند علماء القانون الوضعي .

ومن أمثلته في مجلة الأحكام العدلية (٢) « لو جفلت دابة أحد من آخر وفرت فضاعت لا يلزم الضمان » .

أما إذا أجفلها قصداً فيضمن .

وكذا لو جفلت من صوت البندقية التي رماها الصياد قصداً للصيد فوقعت وتلفقت أو انكسر أحد أعضائها فلا يلزم الضمان .

أما إذا كان الصياد قد رمى البندقية بقصد إجفلها فيضمن .

وجاء في مجمع (٣) الأنهر ما يأتي : « لو تجاذب اثنان حبلاً وقطعه إنسان

(١) يراجع رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ص ٥٥٧ جاء فيه « وضمان الصبي إذا مات من ضربة أبيه أو وصيه تأديباً أي للتأديب عليهما أي على الأب والوصي لأن التأديب يحصل بالزجر والتعريك وقالا لا يضمن لو معتادا أما غير المعتاد ففيه الضمان اتفاقاً » .

يراجع أيضاً الأشياء والنظار لابن نجيم في كتاب الجنائيات ص ١٦٠ « ضرب الأب ابنه أو الإمام أو الوصي أو المعلم باذن الأب تعليماً فبات لاضمان فحضر التأديب مفيد لكونه مباحاً وضرب التعليم لا لكونه واجباً ومحلته في الضرب المعتاد أما غيره فموجب للضمان في الكل » .

(٢) تراجع مجلة الأحكام العدلية مادة ٩٢٣

(٣) يراجع مجمع الأنهر ج ٢ ص ٦٦١

ويراجع مجمع الضمانات ص ١٦٨

بقصد إيقاعهما فوقهما وماتا ، فالقاطع مسؤول لأن عمله من نوع التسبب قصداً ولكنه لا يكون مسؤولاً إن فعل ذلك بدافع المصلحة بينهما .
(٢) خطأ التقصير أى الإهمال لأمر كان يجب إجراؤه والانتباه إليه . ومن أمثلة ذلك :

ما لو نقل أحد صبياً صغيراً حرأ من أهله فافترسه سبع أو حية ، يضمن ، وذلك على رأى المختار عند الحنفية خلافاً للشافعية . زفر من الحنفية .

والضمان فى هذه الحالة استحسان ، لأنه لم يفوت على الصبي حفظ أهله فقط ، بل أهمل فى حفظه هو إهمالاً سبب ضياعه .

ويرى الحنفية أن الأم لو خرجت وترك ولدها المحضون البالغ الثالثة من عمره فوقع الطفل فى النار تكون ضامنة ، لأنها قصرت فى حفظه ولأن الطفل يعجز عن حفظ نفسه من النار .

إلا أنها لا تضمن إذا كان الولد فى السنة السادسة ، لأنه يقدر عادة على حفظ نفسه من النار .^(١)

(٣) التسبب عند قلة التحرز :

(١) تراجع : البدائع ج ٧ ص ١٦٦ - ١٦٧ .

ومجمع الأنهر ج ٢ ص ٦٧٦ .

والمبسوط ج ٢٦ ص ١٨٦ .

جاء فى كتاب المغنى ص ٨٣١ ج ٧ « وان سلم ولده الصغير الى السابح ليعلمه السباحة فغرق فالضمان على عاقله السابح لأنه سلمه اليه ليحتاط فى حفظه فاذا غرق نسب الى التفريط فى حفظه وقال القاضى قياس المذهب أن يضمنه لأنه فعل ما جرت العادة به لمصلحته فلم يضمن ما تلف به »

ويكون عندما يوجه المتسبب في الضرر إرادته باختياره نحو فعل ضار بالغير من غير حساب لنتائجه ، أو أن يعمل من غير تبصر واهتمام للسلوك الشرعى العادى للأشخاص .

ومن الأمثلة على ذلك :

« ليس لأحد الجلوس فى الطريق العام ووضع شىء فيه وإحداثه بلا إذن أولى الأمر » .

وإذا فعل فيضمن الضرر والخسار الذى تولد من ذلك الفعل .

بناء عليه لو وضع أحد على الطريق العام الحجارة وأدوات العمارة وعثر بها حيوان آخر وتلف يضمن .

كذلك لو صب أحد على الطريق العام شيئاً يزلق به كالدهن وزلق به حيوان وتلف يضمن ، (١) .

« رجل أراد أن يحرق حصائد أرضه فأوقد النار فى حصائده فذهبت النار إلى زرع جاره ، لأنه إذا علم ذلك كان قاصداً لإحراق زرع الغير » .
« رجل أوقد فى تنوره نارا فألقى فيه من الحطب مالا يحتمله التنور فاحترق بيته وتعدى إلى دار جاره فاحترق يضمن صاحب التنور كما لو أرسل فى أرضه ماء لا يحتمله أرضه فتعدى إلى أرض غيره فأفسد ما فيها من الزرع كان ضامناً » (٢) .

وإن حفر إنسان فى ملكه بئراً فوق فىها إنسان أو دابة فهلك به وكان الداخل دخل بغير إذنه فلا ضمان أيضاً ، لأن الواقع هو الذى أهلك نفسه

(١) مجلة الأحكام العدلية مادة ٩٢٧

(٢) الفتاوى الخانية بهامش الهندية ج ٣ ص ٢٨٣ و ٢٨٤

مفأشبهه مالمو قدم إليه سيف فقتل به نفسه ، وإن كان الداخل أعمى أو كانت البئر في ظلمة لا يبصرها الداخل أو غطى رأسها فلم يعلم الداخل بها حتى وقع فيها فعليه الضمان ^(١) .

وبهذا قال شريح والشعبي والنخعي وحماد ومالك وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وقال في الآخر لا يضمنه ، لأنه ملك بفعل نفسه .

فالضمان عند الأحناف لأن التلف حصل بسببه كما لو قدم طعنا مسموما فأكله وبهذا ينتقض ما ذكره غير الحنابلة وأن الأمثلة على ذلك ؛ ما لو بني شخص حائطاً مائلاً إلى الطريق أو إلى ملك غيره فتلّف به شيء وسقط على

(١) يراجع المغنى ج ٧ ص ٨٢٧ فما بعدها طبعة ١٣٦٧ الثالثة .

ويراجع الوجيز ج ٢ ص ١٤٩

وجاء في بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٧٢/٢٧٣ مانصه « ومن هذا من حفر بئراً فسقط فيها شيء فهلك فمالك والشافعي يقولان إن حفرها بحيث أن يكون حفرها تعدياً ضمن ما تلف فيه والا لم يضمن ويجىء على أصل أبي حنيفة أنه لا يضمن »

ويراجع كتاب المبسوط ج ٢٧ ص ١٤

ويراجع كتاب الهداية ج ٤ ص ١٣٢ جاء فيها ما ملحظة :

ان أبا يوسف يرى ضمان الألم - وهو حكومة عدل - والتعويض عن الألم تعويض عن ضرر أدبي ناتج من ضرر مادي .

وفي الألم النفسي كالقذف والشتم والسب ونحوها العوض يكون برد الاساءة بمثلها لقوله تعالى « من اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » وقوله « وجزاء سيئة سيئة مثلها » .

وعليه فالفقه الاسلامي يفرق بين الضرر المادي الذي يصيب الجسم كالآلام الناتجة عن الجراح ونحوها وبين الضرر النفسي الذي يصيب النفس أو الشعور وهذه تعويضها بالتعزير والأولى تعويضها عند أبي يوسف بالألم .

شيء فأتلفه فإنه يضمن لأنه متعدد بتقصيره وقلة تحرزه ، ولأنه ليس له الانتفاع بالبناء في هواء ملك غيره أو هواء مشترك ولأنه يعرضه للوقوع على غيره في غير ملكه فأشبهه مالهو نصب منجلا يصيد به قال صاحب المغنى ابن قدامة هذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه مخالفا ، وهو الرأي الذي يميل إليه ، لأن من يعمل من غير تبصر للعواقب ومن غير أن يهتم الاهتمام اللازم لسلامة نفوس الناس وحفظ أموالهم يكون في حكم من يقصد إلحاق الضرر بالآخرين فإنه يضمن .

الشرط الثاني : الضرر

لا يجب الضمان إلا إذا وجد الضرر فعلا ، لأنه إذا لم يكن هنالك ضرر فلا تجوز المطالبة بالتعويض على الإطلاق ، فالضرر ولو كان يسيراً يكفي للضمان .

والضرر : هو عبارة عما يصيب المعتدى عليه من الأذى فيتلف له نفساً أو عضواً ومالاً متقوماً محترماً .

والضرر نوعان :

النوع الأول : ضرر مادي يتحقق في الأنفس والأموال بالإتلاف : والإتلاف هو إخراج الشيء من أن يكون محلاً للانتفاع المطلوب عادة .

ومثال ذلك أن يقتل شخص حيواناً للغير ، أو يكسر نخاراً لهم . أو يحرق ثوباً ... الخ . .

النوع الثاني : ضرر أدبي ، ويظهر فيما لو شتم أحد آخر فألمه في نفسه ، أو لو لطمه في وجهه ، أو جرحه ولم يترك ذلك أثراً ولم يفوت منفعة .

فقد قال جمهور الفقهاء في الشريعة الإسلامية ليس في كل هذا ضمان. خلافا لما قاله أحد أصحاب أبي حنيفة من لزوم التعويض في حالة الألم. وإن لم يكن هنالك تفويت للمنفعة العادية، وذلك التعويض يقدره القاضي بقدر ما لحق المضرور من الألم^(١).

هذا، والضرر الأدبي في الشريعة لا يترك بلا عقاب بل فيه التعزير حسبما يرى القاضي، ولا يخفى ما في هذه العقوبة من التعويض الأدبي الذي يكفي لما يماثل الضرر الذي لحق المعتدى عليه، كما لو قال شخص لآخر «يا كلب»، وكان مثله يتأذى بذلك فإن القاضي يعاقبه عقوبة خاصة توقع عليه بناء على طلب المشتوم وإن كان للأخير أن يسامح أو أن يتصالح معه^(٢).

الشرط الثالث : العلاقة بين الضرر والتعدي :

يشترط لوجوب الضمان أن يكون الضرر ناتجا من التعدي ولا بد من الارتباط بين الفعل الضار والضرر تماما كارتباط النتيجة بالسبب .
وتقسم الشريعة الأضرار الناتجة عن التعدي مطلقاً إلى الأقسام الآتية :
التقسيم الأول : أضرار مباشرة كالقطع والقتل بآله متصلة بمحل التلف .

(١) تراجع القوانين لابن جزى ص ٣٣٢/٣٣٣

يراجع مجمع الضمانات ص ١٥٤

يراجع المغنى ج ٥ ص ٤٤٢ و ٤٤٣

يراجع المحلى ج ٨ رقم ١٢٦٧ و ١٢٦٨

يراجع المغنى أيضا ج ٩ ص ٦٦٥

يراجع المبسوط ج ٢٦ ص ٨١

(٢) البحر ج ٨ ص ٢٤٠

دون أن يفصل بينهما فعل آخر أو علة أخرى ، كأن يقطع أحد شجرة الغير، أو يذبح حيوانه، أو يقطع أطرافه، أو يحرق ثوبه، أو يهدم بناءه إلى غير ذلك .

القسم الثاني : أضرار غير مباشرة ولكن أسباب التعدي فيها ظاهرة .
مثل أن يقطع أحد جبل قنديل معلق يكون سبباً مفضياً لسقوطه على الأرض وانكساره فيكون قد كسر القنديل تسبباً وكذلك إذا شق ظرفاً فيه سمن وتلف ذلك يكون قد أتلف السمن تسبباً .

القسم الثالث : أضرار غير مباشرة ولكن أسباب التعدي غير ظاهرة .
كأن يصبح أحد على امرأة أو يدخل دارها غفلة فيحصل لها رعب وتسقط جنينها بسبب ذلك ، فلا ضمان لأن الإسقاط لم يكن عن الصياح ولا من الدخول غفلة ، وإنما من الخوف ، وليس في الخوف صلة تسبب واضحة بين الفعل وبين والضرر الحاصل .

القسم الرابع : أضرار لا علاقة لها بالتعدي لا مباشرة ولا تسبباً كما لو فتح شخص دكاناً عند دكان أخرى وكسدت تجارة الأولى فلا تغلق الثانية .^(١)

فالنوع الثالث والرابع من هذه الأقسام لا مسئولية تقصيرية فيه عند فقهاء الشريعة، ولكن المسئولية تترتب على كل فعل مباشر حصل بتعمد أو بغير تعمد وسبب ضرراً للغير وهذا هو القسم الأول وأما القسم الثاني فتجب فيه المسئولية إذا كان السبب من شأنه أن يفضي غالباً للإتلاف ، والضرر منه منتظر بحسب العادة وتعمد فاعله الضرر ولعدم التعمد في النوع الثالث انتفى الضمان، ومن قواعدهم قولهم :
« المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد » .

المبحث الثاني

أركان المسؤولية بإيجاز في القانون (١)

القاعدة عند رجال التشريع المدني هي « كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض » .

وبناء على ذلك تكون أركان المسؤولية المدنية ثلاثة وهي : - الخطأ ، والضرر ، وعلاقة السببية بينهما .

ويكون الأصل عندهم على قاعدة « البينة على من ادعى » أن يقيم المضرور مدعى التعويض الدليل على توافر هذه الأركان الثلاثة حتى يستحق التعويض .

الركن الأول الخطأ :

إن الخطأ (هو إخلال بواجب قانوني سابق مقترن بإدراك المخل إياه) . وهو شرط ضروري لأنه الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية . يفتقر الشخص لكيلا يخطئ فيخل بالواجب القانوني أن يصطنع في سلوكه الكثير من اليقظة والتبصر .

الواجبات نوعان : -

(١) واجب خاص يحدده القانون كإتاحة مرور السيارات .

(٢) واجب احترام حقوق الغير المقابلة للحقوق الشخصية وهو

واجب عام يحدده سلوك الرجل العادي في الظروف المماثلة .

١ - رجال القانون لا يفرقون كثيراً بين الشرط والركن لأن كل ما يتوقف عليه قيام الماهية عندهم يسمى ركناً ، سواء أكان جزءاً من الماهية أم خارجاً عنها .

واللخفاً ركنان بالنظر إلى التعريف المتقدم وهما : —

ركن مادي : ويكون بتعدى الشخص وتجاوزة فى تصرفه الحدود الواجب عليه التزامها حىال الآخرين ، بأن يعتمد الإضرار بهم أو يقتصر فى مراعاة حقوقهم أو يهمل فيها .

وركن معنوى : ويكون بالإدراك والتمييز ، وعليه فلا مسئولية لغير المميز كالصبي الذى عمره دون السبع سنوات والمجنون والمعتوه عنها تماماً ... إلخ لأنهم لا يدركون أعمالهم .

إلا أن بعض النظريات الحديثة أقامت المسئولية التقصيرية على تحمل التبعة وقالت بأن عديم التمييز لم يكن قادراً على ارتكاب الخطأ عن عمد إلا أنه يستطيع إحداث الضرر ، والمسئولية أساساً تقوم عندهم على الضرر .

وهذه النظرية التى تعتبر حديثة فى نظر القانون سبق إليها التشريع الإسلامى بقرون ، حيث جاء الفقه الإسلامى فى هذه الناحية فى صف أرقى النظريات القانونية فى المسئولية المدنية إذ أنه لم يقصر المسئولية على فكرة الخطأ فقط بل تجاوزها إلى نطاق ما يسمى فى الفقه الحديث بنظرية تحمل التبعة وبناء على هذه النظرية يسأل الشخص مدنياً عن نتائج تصرفاته الضارة بالغير فى الشريعة الإسلامية فى أحوال كثيرة ولو لم ينسب إليه خطأ .

هذا ، ومقياس التعدى للحدود الواجب التزامها لا يمكن حصره فى واجبات بعضها ولكن من الممكن وضع معيار موضوعى أو مادى مثل أن تنظر إلى شخص المعتدى فإن كان شديد اليقظة والتبصر اعتبر أقل انحراف منه خطأ وإلا قدرنا انحرافه على ضوء المألوف بين جمهور الناس مالم يكن

دون المستوى العادى فى اليقظة والتبصر فلا اعتبار لتعديده .

وهذا المعيار الذى لا يصلح ضابطاً قانونياً لصعوبة الوصول إليه ولاختلاف المعايير من شخص لآخر ، لأنه ينقص من حق المضرور فى التعويض فى بعض الأحيان ، ولهذا أثر جمهور الفقهاء والقضاة المعيار الموضوعى ، لأنه ينظر إلى المعتدى من ناحية سلوك الشخص العادى الوسط فى اليقظة والتبصر بغض النظر عن كون المعتدى قليل الذكاء أو بليد الطبع ، أو عصبى المزاج ، أو ضعيف البصر ، أو محطم الأعصاب ، أو مريضاً أو كبير السن ، لأن ذلك كله من قبيل الظروف الداخلية التى يختص بها الشخص فى ذاته .

فعلى القاضى أن يعتد بسلوك الرجل العادى مراعيًا الزمان كالليل ، والمكان كالمزدحم أو الضيق ، والظروف الاجتماعية كنوع عمل الشخص مثل الطبيب ، وطبقته كالريفى فى المدينة مثلاً ، وجنسه كالمرأة والصبي .
وأساس المسئولية فى تلك الأحوال هو العدالة الاجتماعية وحدها دون نظر للخطأ وحده .

ولاشك أن عديم التمييز إذا قيس سلوكه بالسلوك المألوف للشخص العادى ظهر انحرافه وبدا شذوذه حتى إذا صدر منه عمل أضر بالغير كان عمله ذلك تعدياً يستوجب المساءلة .

وأعتقد أن انعدام التمييز بالنسبة للصبي أو المجنون مثلاً ظرف داخلى شخصى لا يجوز أن يعطى كل هذا الاعتبار حتى بالنظر إلى حقوق الآخرين .
وقد أخذت بهذا رأى بعض القوانين الغربية الحديثة فى حدود متفاوتة وسعة وضيقاً . ومن ذلك (١) .

١ - يراجع كتاب الاستاذ الصدة مصادر الالتزام ص ٤٥٤ فما بعدها .

(١) يراجع كتاب المسئولية المدنية ج ١ ص ٧٥ للدكتور سليمان مرقس .

التقنين المدني الألماني في المادة ٨٢٩ .
وتقنين الالتزامات السويسري في المادة ٥٤
وتقنين الالتزامات البولوني في المادة ١٤٣ .

هذا وقد أخذت أغلب قوانين البلاد العربية برأى وسط تقريباً
مفقات بضرورة التمييز لقيام المسؤولية عن الفعل الضار ، إلا أنهم قرروا على
عديم التمييز مسئولية استثنائية احتياطية جوازية ومخففة لا يلجأ إليها
القاضي إلا إذا لم يوجد شخص مسئول عن عديم التمييز ، أو وجد وانتفت
مسئولته ، أو تعذر الحصول منه على التعويض لإعساره .

والأمر في ذلك متروك للقضاء يحكم بالتعويض على عديم التمييز إذا
رأى أن حالته المسالية تسمح بإلزامه بذلك .

المطلب الأول :

أنواع الخطأ :

الخطأ في المسؤولية التقصيرية نوعان :

النوع الأول :

خطأ العمد : ويكون بالإخلال بواجب قانوني مقترن بقصد
الإضرار بالغير .

النوع الثاني :

خطأ الإهمال : ويكون بالإخلال بواجب قانوني سابق مقترن
بإدراك المخل بأن هذا الإخلال من غير قصد الإضرار بالغير وإنما حصل
بتحسّن نية .

هذا ، وينقسم خطأ الإهمال إلى قسمين :

القسم الأول :

الخطأ الجسيم : ويكون بحصول الخطأ الذى لا يرتكبه الشخص قليل الذكاء والعناية .

القسم الثانى :

الخطأ اليسير : ويكون بالخطأ الذى يقع من الشخص قليل الذكاء والعناية .

المطلب الثانى :

أحوال إنعدام الخطأ :

ينعدم الخطأ إذا صدر الفعل الضار من :

(١) عديم التمييز لو كان فعله صادراً خلافاً لواجب يقضى به القانون .

(٢) المميز إذا كان فعله الصادر منه لا إخلال فيه بواجب قانونى .

(١) يراجع كتاب أندرهل فى المسؤولية المدنية (قانون انجليزى) :

ص ١٦٧ مادة ٧٨ فانه جاء بتعريف للاهمال :

نصه باللغة الانجليزية :

Ar.t 78.

- 1) Negligence consists in the omission to do something which a prudent and reasonable man would do, or the doing something which a prudent and reasonable man would not do.
- 2) Negligence is actionable whenever, as between the plaintiff and the defendant, there is a duty cast upon the latter not to be negligent and a breach "of his

- duty which causes damage to the plaintiff..
- a. So a Person who drives a horse or a motor car is negligent if he does something which a prudent person having reasonable skill as a driver would not do ;
 - b. Negligence is judged by the standard of prudence of an ordinary reasonable man and if a person on its some precaution which a person of ordinary intelligence and prudence would take he is negligent although he may himself honestly think it unnecessary to take such precaution.

وترجمة هذا النص كالآتي :

- (١) الإهمال يتوقف على اغفال أمر لا تغفل عنه غاية الرجل اليقظ المتعقل ، أو على فعل أمر لا يأتيه الرجل اليقظ المتعقل .
 - (٢) الإهمال بين المتداعين يحتم على المدعى عليه أن يكون مهملًا ويكون مسئولًا إذا أخل بذلك الواجب حتى نجم عنه ضرر بالمدعى .
- مثال ذلك :

- أ - السائق الذي يسوق حصانًا أو سيارة يعتبر مهملًا إذا فعل شيئًا لا يفعله الرجل السائق صاحب الخبرة واليقظة والتعقل .
- ب - معيار الإهمال هو الرجل العادي اليقظ المتعقل (ليس هو شخص الفاعل) فالشخص الذي يغفل الاحتياط الذي يفعله الشخص العادي التيقظ مهمل ، حتى ولو ظن بإخلاص أنه لا داعي لذلك الحذر .

وجاء في كتاب المسؤولية المدنية للدكتور سليمان مرقص ج ١ ص ٨٢ ما يأتي :

- « خطأ الإهمال هو الإخلال بواجب قانوني سابق مقترن بإدراك المخل هذا الإخلال ودون قصد الأضرار بالغير .
- فهو أيضا يتكون من عنصرين أحدهما نفسي وهو التمييز أو الإدراك والثاني وادي وهو الإخلال بواجب . =

(٧ - المسؤولية)

المطلب الثالث :

أحوال انعدام الخطأ

إن أهم حالات انعدام^(١) الخطأ هي :

= والأول كان يقتضى بطبيعته أن يكون تقديره تقديرا شخصيا ولكن المشرع المصرى وضع قاعدة جرى فيها مع الغالب من الأحوال وافترض بها توافر التمييز فى كل شخص من وقت بلوغه سن السابعة (المادة ٤٥ فقرة ثانية مدنى مصرى) فإغنانا بذلك مبدئيا عن التقدير الشخصى بالنسبة الى صغار السن - غير أن هذه القرينة تقبل اثبات العكس ويجوز لذى الشأن أن يثبت انعدام التمييز لدى المدعى عليه بالمسئولية ويكون تقدير ذلك حينئذ تقديرا شخصيا واقعيا ، فإذا ثبت ذلك ترتب عليه انتفاء الخطأ وانعدام المسئولية فى الأحوال الاستثنائية التى نص القانون فيها على مساءلة عديم التمييز مساءلة احتياطية .

أما العنصر الثانى الخطأ الاهمال وهو الاخلال بواجب قانونى فانه يقتضى تعيين مدى الواجب القانونى الذى كان يقع على عاتق الفاعل فى الظروف التى ارتكب فيها الفعل الضار ، وقد تقدم أن مدى الواجبات يتعين اذا لم يكن معينا بنص القانون بالالتجاء الى المعيار الموضوعى ، أى بالنظر الى مسلك الرجل العادى مثل الظروف الظاهرة التى وقع فيها الفعل الضار . ومتى تعينت واجباته سواء أكان تعيينها بنص القانون أم وفقا لهذا المعيار كان من السهل وصف مسلكه بالخطأ أو بعدمه بحسب ما اذا كان فى هذا المسلك اخلال بواجباته أو لم يكن .

(١) يراجع : الموجز فى النظرية العامة للالتزامات للدكتور السنهورى
فقرة ٣٢٠ فما بعدها =

(١) انعدام^(١) التمييز بسبب السن أو الجنون أو العوارض الأخرى .
وينعدم تصور الخطأ بانعدام الإدراك نظراً لأن الإدراك هو عنصر ضرورى لقيام الخطأ الذى هو ركن أساسى فى المسؤولية، فإن العصبى غير المميز والمجنون الذى قام الدليل على فقدانه التمييز وعدم الإفاقة والمعتوه الذى يثبت فقدانه التمييز ومن فى حكمهم ممن انعدم تمييزه بأى سبب من هذه الأسباب الثلاث (بشرط أن لا يكون فقدان التمييز راجع إلى خطأ منهم) كالمريض مرض النوم والمصروع والمنوم تنوياً مغناطيسياً لا يكون هؤلاء مسئولين مسئولية تقصيرية لأن فقدانهم التمييز ينفي عنهم هذه المسؤولية .

ولكن هناك حالات يكون فيها من انعدم تمييزه مسئولاً وهى :

١ - أن يكون من انعدم تمييزه بسبب عارض (كمن أدمن فى المخدرات أو السكر أو رضى بأن ينوم تنوياً مغناطيسياً) قد تسبب هو بخطأ منه فى ذلك .

٢ - أن يكون فاقد تمييزه هو كالصبي مثلاً فى مكان المسؤولية ولا يوجد مسئول عنه أو رقيب عليه أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول عنه وفى هذه الحالة يجوز للقاضى أن يلزم فاقد التمييز بتعويض عادل مراعيًا فى ذلك مركز الخصوم .

هذا وأساس هذه المسؤولية تحمل التبعة أو التضامن الاجتماعى لا الخطأ لهذا فهى مسئولية إحتياطية وجوازيه ومخففة .

= يراجع كتاب المسؤولية المدنية للأستاذ مصطفى مرعى فقرة ٢٤ فما بعدها .

يراجع كتاب الالتزامات للدكتور حشمت فقرة ٤٥٣ فما بعدها .

يراجع كتاب الدكتور سليمان مرقص الفعل الضار فقرة ٣٧ وما بعدها .

(١) يراجع كتاب الأستاذ الصدة فى مصادر الالتزام ص ٤٦١ فما بعدها .

تراجع المادة ٢/١٦٤ قانون مدنى مصرى .

(ب) حالة الضرورة^(١)، وصورتها أن يسبب شخص ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر محدقاً به أو بغيره، فلا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسباً، والذى يشترط لتفادى الضرر الأكبر بإحداث ضرر للغير أصغر هو :

- ١ — أن يكون هناك خطر يهدد النفس أو المال أو الغير .
- ٢ — أن يسكون مصدر هذا الخطر أجنبياً عن الضار والمضرور .
- ٣ — أن يكون أكبر بكثير من الضرر الذى أوقعه كأن يتلف سائق سيارة مال شخص ليتفادى قتل إنسان .

(ج) استعمال حق الدفاع^(٢) الشرعى ، أو غير ذلك من الحقوق ، وصورته تظهر فيمن أحدث ضرراً وهو فى حالة دفاع شرعى عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله ، فإنه يكون غير مسئول على أن لا يجاوز فى دفاعه القدر الضرورى وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة .

وليباح التعدى فى حالة الدفاع الشرعى يلزم توافر الشروط الآتية :

- ١ — وجود خطر لا يمكن دفعه إلا بالتعدى وإيذاه الغير أو توقع وقوع الخطر على النفس أو المال أو من له مكانة فى النفس يعز معها عدم الدفاع عنه .

- ٢ — أن يكون ذلك الخطر الواقع أو المتوقع غير مشروع .
- ٣ — أن لا يتعدى الدفاع القدر اللازم لدفع الخطر .

تراجع المادة ١٦٨ قانون مدنى مصرى
ويراجع كتاب الوسيط للسهنورى ص ٥٤٣ وأبو ستيت ص ٤٤٠ ،
والصدّة ص ٤٧٤

- (٢) تراجع المادة ١٦٦ مدنى مصرى .
- يراجع الصدّة ج ٤٧٢ من كتاب مصادر الالتزام .

(د) تنفيذ أمر القانون أو أوامر^(١) الرؤساء ، وذلك لأن الموظف العام لا يكون مسئولاً عن عملة الذى أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيس كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه أو كان يعتقد أنها واجبة وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذى وقع منه وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة وأنه راعى فى عمله جانب الحيطة .
فالتعدى فى حالة تنفيذ أمر الرئيس لا يعنى من المسئولية الشخصية إلا إذا توافرت له الشروط الآتية :

- ١ — أن يكون من صدر منه التعدى موظفاً عاماً .
- ٢ — أن يكون الرئيس ممن تجب طاعته وأن يعتقد أن إطاعته فى ذلك الأمر واجبة عليه .
- ٣ — أن يثبت الموظف أنه راعى جانب الحيطة وأنه يعتقد أن الأسباب التى بنى عليها الرئيس أمره كانت معقولة وأنه قام به بحسن نية .

(هـ) رضا المصاب^(٢) ، وذلك لأن رضا المصاب الذى تنعدم معه المسئولية يجب أن يبلغ حداً يستغرق معه خطأ المدعى على مثال ذلك من القانون « أن ترضى امرأة بالغة أن تعاشر خليلاً عن شهوة ودون تغيير أو مساس بحق الغير فلا يحق لها أن ترجع عليه قانوناً بالتعويض » .

الركن الثانى : الضرر

هو عبارة عن الأذى الذى يصبب الإنسان فى حق من حقوقه أو فى مصلحة مشروعته له ، سواء بجسمه ، أو عاطفته . أو ماله ، أو حرته ، أو شرفه أو غير ذلك .

(١) تراجع المادة ١٦٧ من القانون المدنى المصرى .
تراجع مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٤٠ ص ١٣٤

والضرر شرط أساسى لقيام المسئولية التقصيرية ، وضرورى إثباته
لامكان المطالبة بالتعويض .

وهو نوعان :

النوع الأول : الضرر المادى :

وهو الأذى الذى يصيب المضرور فى حق من حقوقه فيسبب له
خسارة مالية : كضياع حق الملكية، أو الارتفاق أو حق المؤلف، أو المخترع
أو الدائنين إلى غير ذلك .

النوع الثانى : الضرر الأدبى :

وهو الأذى الذى يصيب الإنسان فى عاطفته ، أو حرته ، أو كرامته
وشرفه، أو فى أى معنى من المعانى التى يحرص الناس عليها، ويكون بالقذف
أو السب مثلاً .

هذا ، وللضرر المادى شرطان :

الشرط الأول : أن يكون هنالك إخلال بمصلحة مالية .

الشرط الثانى : أن يكون الضرر محققاً ووقع فعلاً ، أو سيقع حتماً
فى العامل يعجزه الضرر عن العمل فى المستقبل فيفوت عليه مجزه فرصة
التكسب العادية التى تعتبر فى حكم الحاصل .

أما إذا كان الضرر محتمل الوقوع ولا يوجد ما يؤكد أنه سيقع فإنه
لا يكون محل اعتبار أو تعويض .

فالضرر المادى يستحق المضرور عليه التعويض بالإجماع أما الضرر
الأدبى فإن الفقه الإسلامى لا يرى فيه موجباً للضمان وإن كان يقرر

عقاب الشاتم مثلاً بعقوبة خاصة توقع بناء على طلب المشتوم ما لم يسامح أو يصالح^(١).

أما القوانين الوضعيه فإنها ترى صلاحية الضرر الأدنى للمطالبة فيه بالتعويض ، والمطالبة به حق شخصي لا ينتقل إلى الورثة إلا بشرط حصول المطالبة به حال حياة المضرور خلافاً لفريق آخر يرى انتقال هذا الحق من غير هذا الشرط .

الركن الثالث : رابطة السببية :

إن الرابطة هنا : هي العلاقة المباشرة بين الخطأ والضرر ، وتندعم المسؤولية إذا لم يكن الخطأ هو السبب المباشر في حدوث الضرر .

ورابطة السببية شرط أساسي لقيام المسؤولية ، إلا أنها كثيراً ما يصعب ويدق تقديرها بسبب تعدد ظروف الأحوال وتداخلها ، كما أنها قد تندعم لقيام سبب^(٢) أجنبي حدث بعد حصول الخطأ .

والسبب الأجنبي هو كل أمر لا يد للدعى عليه فيه ، ويكون هو السبب في إحداث الضرر فيترتب عليه انتفاء مسؤولية المدعى عليه كلها أو بعضها ، وذلك لأن قيام سبب أجنبي للضرر مقتضاه إما انعدام رابطة

(١) يراجع تقرير تيان لمؤتمر القانون لسنة ١٩٣٧ ص ٨١

يراجع المسؤولية الحديثة ج ١ لسليمان مرقص ص ٤٣ فما بعدها •

يراجع الوسيط ج ١ للسنهوري ص ٨٥٤ فما بعدها •

يراجع صبحي محمضان ج ١ ص ١٤٥

يراجع مجمع الضمانات ص ١٦٦

(١) يراجع كتاب الاستاذ الدكتور الصدة ص ٥٠٠ :

السببية بين خطأ المدعى عليه والضرر الذى وقع أو أن خطأ المدعى عليه ليس هو السبب الوحيد للضرر ، ففي الحالة الأولى تنتفى مسؤولية المدعى عليه . وفي الحالة الثانية تكون مسؤولية المدعى عليه مسؤولية جزئية . وأهم صور السبب الأجنبي هي القوة القاهرة أو الحادث المفاجيء ، وهو عبارة عن حادث غير متوقع لا يد للشخص فيه ولا يستطيع دفعه . ويرتب عليه أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا كوقوع زلزال ، أو ثوران بركان ، أو هبوب عاصفة ، أو حصول حريق ، أو وقوع سرقة ، أو حدوث مرض مفاجيء أو صدور تشريع ، أو أمر إدارى ، أو انفجار آلة سيارة أو مفاجأة السائق بنور خاطف يهر بصره . ويشترط لتحقيقه : -

(١) أن يكون الحادث غير متوقع ولا فى الوسع توقعه أبداً وقت وقوع الحادث .

(٢) ألا يستطيع دفع الحادث .

(٣) أن يحصل الحادث وتنفيذ الالتزام معه مستحيل .

(٤) ألا يكون هناك خطأ من جانب المضرور أدى إلى وقوع الحادث أو الغير خطأ المضرور الذى تنعدم معه المسؤولية عن المدعى عليه مثل أن يستغرق خطأ المضرور خطأ المدعى عليه بأن يعتمد المضرور إيقاع الضرر بنفسه مثل أن يلقى شخص يريد الانتحار بنفسه أمام سيارة سائق يسير بسرعة تتجاوز الحد الجائز فتدهسه السيارة فيموت .

ومن صوره أيضا أن يكون خطأ المدعى عليه نتيجة لخطأ المضرور فيستغرق الخطأ الأخير الخطأ الأول مثل أن يفاجيء شخص سائقا بفعل خاطيء منه فيؤدى ذلك إلى قيام السائق بحركة خاطئة تحدث ضرراً بذلك للشخص فيكون خطأ السائق حينئذ نتيجة لخطأ المضرور .

أما خطأ الغير الذى تنتفى معه مسئولية المدعى عليه كأن يكون خطأ الغير مستغرقا لخطأ المدعى عليه حتى يصبح الغير وحده مسئولاً، كما لو حفر المدعى عليه خطأ حفرة فى الطريق فوقع فيها شخص وثبت أن غريمه هو الذى دفعه فيها فيكون الغريم هو المسئول دون المدعى عليه .

تعدد الخطأ :

فالخطأ قد يتعدد فيكون حدوث الضرر من خطأين قد يكون أحدهما مستغرقاً للخطأ الآخر ، أو قد يكون أحدهما نتيجة للخطأ الآخر ، أو كل منهما مشترك فى إحداث الضرر مستقبلاً .

كما أن النتائج الضارة قد تتعدد فيما بينها ، وينحصر السبب فى خطأ واحد ، وهنا رابطة السببية لا تعتبر متوافرة إلا بالنسبة إلى الضرر الذى نتج عن الخطأ المباشر .

هذا، والصعوبة تعيين ما يعتبر سبباً حقيقياً للضرر اختلفت الآراء :

قال بعضهم : بنظرية تعادل الأسباب :

ومقتضى هذه النظرية يجب بحث كل العوامل المتعددة على حدة . فالعامل الذى يثبت أنه لولاه ما وقع الضرر يعتبر السبب فى حدوثه ، فإن لم يثبت ذلك العامل تعادلت واشتركت جميع الأسباب .

وقال آخرون : بنظرية السببية الفعالة :

ومقتضى هذه النظرية أن الحادث يعتبر سبباً فعالاً بقدر ما يجعل حصول النتيجة محتملاً .

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد قالوا^(١) :

بأنه إذا اجتمع السبب المباشر والسبب غير المباشر فلا ضمان مع المباشر ، وهذا إذا كان السبب الآخر غير المباشر لا يعمل بانفراده ، أما إذا كان يعمل بانفراده فيشتركان .

وقد نقلوا أيضاً الضمان من السبب القريب إلى السبب البعيد إذا وجد المسوغ لإهدار القريب ، وذلك بأن صدر من غير إرادة أو صدر تحت ضغط قوة قاهرة .

* * *

(١) يراجع مجمع الضمانات ص ١٧٦/١٨٠ وأيضاً ص ١٤٦

يراجع البحر ج ٨ ص ٣٤٩

يراجع رد المختار ج ٥ ص ٥٣١

يراجع تقرير الدكتور السنهوري ٣٤/٢٤

تراجع المسؤولية المدنية للشيخ شلتوت ص ٢١

يراجع الاشباه والنظائر في شرحه لقاعدة (إذا اجتمع المباشر

والمشسب اضيف الحكم الى المباشر) .

ويراجع المجلد الاول ص ١٩٦ للحموى .

الفصل الثالث

احكام الضمان

المبحث الاول

أحكام الضمان أو المسؤولية التقصيرية في الشريعة الإسلامية :

أوجبت الشريعة رفع الضرر، فقد جاء في قوا عد الفقهاء الكلية قولهم :
« الضرر يزال^(١) »، وبنوا الفعل للجهول . . وعليه فليس للمضرور
أن يقابل الضرر الذي لحقه بضرر مثله للإنتقام ، بل عليه أن يطلب إزالة
الضرر الذي لحقه من الحاكم والحاكم يعوضه الضرر الذي لحقه ظلماً وبغير
وجه حق .

فليس للظلم أن يظلم آخر بما أنه ظلم مثلاً: فلو أتلف زيد مال عمرو
مقابلة بما أنه أتلف ماله ، يكونان ضامنين^(٢) .
وكذا لو أتلف زيد مال عمرو الذي هو من قبيلة طى ، بسبب أن
بكر الذي هو من تلك القبيلة أتلف ماله ، يضمن كل منهما المال الذي
أتلفه كما أنه لو انخدع أحد فأخذ دراهم زائفة من أحد ، فليس له
أن يصرفها إلى غيره .

فالضمان بوجه عام يوجب إعطاء مثل الشيء المتلف إن كان مثلياً
وقيمته إن كان قيمياً ، أو من المثليات التي يتعذر إيجاد مثلها^(٣) .

(١) يراجع الاشباه والنظائر ص ١٤٦

(٢) مجلة الأحكام العدلية مادة ٩٢١

(٣) جاء في القوانين لابن جزىء المالكى ص ٣٣٣/٣٣٣ مانصه «الافساد

وهو على نوعين احدهما أن يذهب المنفعة المقصودة من الشيء كمن قطع
يد عبد أو رجل دابة فيخير صاحبه بين أن يأخذ قيمة ما نقصه ذلك الفساد =

هذا والقيمة تعتبر يوم التلف بلا خلاف إلا في حالة الغضب ، فإن الحنفية يرون النظر في القيمة إلى يوم غصبه أو يكون التعويض من مال الجاني نفسه ، لا في مال قبيلته أو عاقلته ، اللهم إلا في جنایات الدماء ^(١) . فالضمان في الإسلام قد يكون في غير النقود كما في إعطاء المثل ، أو إزالة الضرر عينا ، أو جبر المتلف وإعادته صحيحا كما كان متى كان ذلك ممكنا وذلك مثل إعادة بناء الحائط الذي هدم بغير وجه حق . والضمنان في أحوال الإتلاف التام واضح . أما إذا كان الإتلاف جزئيا كإفساد شيء أو نقصانه ، فإذا كان الإفساد بسيطا يكون على المعتدى أن يدفع قيمته بلا خلاف .

أما إذا كان فاحشا يذهب المنفعة المقصودة كقطع يد الدابة فقد ذهب الإمام مالك إلى إعطاء المضرور الخيار في أخذ قيمة النقصان ، أو أن يعطى الجاني الشيء المتلف ويغرمه قيمته كاملة ^(٢) .

أما أبو حنيفة والشافعي فانهما قالوا في الاتلاف بدون غصب ليس لصاحب الشيء غير قيمة النقص .

= أو يسليمه للمفسد ويأخذ قيمته منه كاملة والآخر أن يكون الفساد سيرا فيصلحه من أفسده ويأخذ صاحبه قيمة ما نقص كثقب الثوب وقطع ذنب الدابة إلا أن تكون مركوب ذوى الهيثات فقطع ذنبها كتعطيل منفعتها .

(١) الزيلعي على الكنز ج ٦ ص ١٤٤

(٢) تراجع البهجة شرح التحفة ج ٢ ص ٣٥٣ - و ص ٣٥٤

يراجع بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٦٤

يراجع الخرشى ج ٤ ص ٣٦٥ - ٣٦٦

تراجع القوانين لابن جزى ص ٣٣٢

يراجع مجمع الضمانات ص ١٤٧

تراجع الفتاوى البرازية بهامش الهندية ج ٣ ص ١٦٨

طريقة الضمان في الفقه الإسلامي

العوض في الشريعة الإسلامية قسمان : عوض عن النفس والأطراف ، وعوض عن المال . أما الأول فيشمل الدية والأرش وحكومة العدل ، فالدية بدل عن النفس التي أهدرت وهي مائة من الإبل ، فإن لم توجد فانه يصار إلى الضمان النقدي ويقدر فيما مضى بألف دينار من الذهب أو بعشرة آلاف درهم من الفضة عند الحنفية ، أو باثنى عشر ألف درهم عند المالكية والشافعية وعلى ذلك فالتعويض النقدي استثنائي .

ويظهر لنا من الدية في الإسلام أنها ضمان للنفس بمقابل لا يتأتى معه التعويض العيني الذي هو ارجاع حالة النفس إلى ما كانت إليه وهو مما لا يتصور ولعل تقدير الدية هذا سببه دفع مغالاة المجنى عليهم ، لاسيما أنها لم تكن مقدرة في الجاهلية بمعياري يضبطها ، وكان أهل القتل يغالون في مقدارها ليعجز القاتل فيقتصون منه .

وأما الفقه الإسلامي في حكومة العدل — وهو مذهب الحنفية — يترك تقدير العوض للقاضي ، وغالباً ما يكون ذلك في التعويض عن الأطراف (إذا كانت ضعيفة أو سلاء) بمقابل بعد تقسيم الجسم إلى فئات أربع :

الفئة الأولى : العضو الذي لا يوجد منه ثان في الجسم كالعقل واللسان . ففي كل هذين العضوين دية كاملة .

الفئة الثانية : العضو الذي يوجد منه إثنان في الجسم ففيهما معاً الدية وفي أحدهما نصف الدية كما في اليدين والرجلين والعينين .. الخ .

الفئة الثالثة : العضو الذي يوجد منه أربعة في الجسم ، ففيها كلها الدية وفي الواحد منها ربع الدية .

الفئة الرابعة : العضو الذى يوجد منه عشرة فى الجسم ففيها كلها الدية وفى الواحد منها عشر الدية كالأصابع مثلا .

أما الجنائيات التى يتسبب منها جراح فى الجسم فيعضها له تقدير كالموضحة الخطأ ، ففيها نصف عشر الدية ، وأغلبها أمره متروك إلى حكومة العدل .

وأما الأرش فهو بدل النقصان الذى يحصل للنفس فى أطرافها .

وأما التعويض عن الضرر الذى يقع على الأموال بسبب غصب أو إتلاف أو سرقة أو غيرها فيختلف باختلاف العين من حيث هلاكها أو نقصها ، فإن كانت قائمة فيتعين ردها ومثوثة الرد على الغاصب فإن استهلك الغاصب العين فعليه التعويض ببذل أو قيمة . وأما إذا هلكت عين المغصوب فلا مفر من التعويض بمقابل لاستحالة رد العين ، فإن كان لها مثل فثلها وإلا فقيمتها . وأما إذا نقص المغصوب فالواجب هو رد العين مع ضمان النقصان بمقابل المثل أو القيمة .

وفى حال الاتلاف أو السرقة فإن على المتلف أن يضمن المتلف بمقابل إما بالمثل أو بالقيمة .

المبحث الثانى

أحكام المسؤولية التقصيرية فى القانون :

إن مرتكب الفعل الضار إذا ثبتت عليه المسؤولية بعد توافر أركانها السابقة فإنه يلزم بجزاء على تقصيره ، هو عبارة عن تعويض هو جبر للضرر .

التعويض :

هو جبر الضرر الذى يلحق المصاب . ويتصور أن يكون عينيا ، أو نقديا . والتعويض العيني ، وقد قال به التشريع الإسلامى - هو خير وسيلة لجبر الضرر فمن كسر لآخر مرآته كان خير تعويض له أن يستبدل بالمكسور غيره من نوعه ، مالم يتعذر ذلك .

والتعويض يقدر بقدر الضرر المباشر لاأزيد ولاأنقص ، سواء أكان الضرر ماديا أو أدبيا كما يقول رجال القانون . والضرر يشمل الخسارة التى لحقت المصاب والكسب الذى ضاع عليه ، وليس للمستول أن يتدرع بحسن نيته أو عدم توقعه لحدوث كل ذلك الضرر ، ولا بأس من أن يقام وزن للظروف الملازمة إن أمكن .

هذا ، وعند تعيين الالتزام بالتعويض يجب استبعاد كل الأسباب التى أدت إلى الضرر ماعدا الخطأ لأن أساس المسؤولية الخطأ ، ويجب قصر الالتزام على كل من وقع منه خطأ أسهم فى ذلك الضرر .

وإذا تعذر القاعلون للضرر وكان بينهم اتفاق على إحداث الضرر ، أو لم يكن بينهم اتفاق ولكن خطأ كل منهم كان السبب فى حدوث الضرر بأكمله ، أو لم يمكن تعيين نصيب كل منهم فى إحداث ذلك الضرر فانهم يكونون متضامنين (١) .

(موازنة بين الفقه الإسلامى والقانون فى التعويض)

إذا كان الاعتداء على النفس أو الطرف فإن الفقه الإسلامى يجعل طريقة التعويض بمقابل لتعذر التعويض العيني ، وأما إذا كان الاعتداء

(١) يراجع ج ١ المسؤولية المدنية للأستاذ الدكتور سليمان مرقص

بالغصب بالتعويض العيني بالرد وفي حالة الإلتلاف بطريقة التعويض
بمقابل إما بالمثل أو القيمة .
وبهذا يختلف عن القوانين الوضعية التي تجعل طريقة التعويض
في جميع الأحوال تقديرا .

المبحث الثالث

سقوط الدعوى بالتقادم

المطلب الأول : التقادم

في فقه الشريعة الإسلامية :

التقادم^(١) معروف عند فقهاء الإسلام ويسمى عندهم بمرور الزمان
وحكمته عندهم تنظيم القضاء وتجنبيه عراقيل الإثبات ومشكلاته بعد مرور
الزمن من غير مطالبة فلذلك يمنعون سماع الدعوى إذا مضت^(٢) خمسة
عشر عاما وتركها صاحبها من غير أن يكون هنالك ما يمنعه من المطالبة بها
مالم تكن الدعوى في وقف أو إرث فإنها لا تسقط إلا بمضي ثلاثة
وثلاثين عاما .

(١) يراجع رد المحتار ج ٤ ص ٣٥٦ طبعة ١٣٢٥ هـ جاء فيه :

« ان السلاطين الآن يأمرون قضاتهم في جميع ولاياتهم ألا يسمعوا
دعوى بعد مضي خمس عشرة سنة سوى الوقف والارث » +
(٢) جاء في كتاب العرف والعادة في رأى الفقهاء للاستاذ أحمد فهمي
ابن سنة ص ١١٦ : « ان المالكية قدروا المدة في العقار بعشر سنين أخذوا
بحدِيث (ومن حاز شيئا عشر سنين فهو له) » +

فعدم سماع الدعوى هنا لا يسقط أصل الحق إن كان في ذمة انسان
لصاحبه ويجب عليه الوفاء به ديانة وعليه إذا أقر الخصم به انهدم مرور
الزمن لزوال الشك وظهور الحق بالإضرار وحينئذ تسمع الدعوى شرعاً .
وعلى ذلك فالتقادم هو انقضاء زمن^(١) معين على حق في ذمة انسان أو
على عين لغيره في يده دون أن يطالب به وهو قادر على المطالبة .

المطلب الثاني

التقادم في القانون

الرأى القديم عند رجال القانون أن حق التعويض يسقط بعدم المطالبة
به في خلال خمسة عشر عاماً من يوم وقوع الضرر ، وهنالك رأى حديث
بأنه يسقط بعدم المطالبة في خلال ثلاثة أعوام من تاريخ العلم به على أن
يكون الحد الأقصى لمدة التقادم خمسة عشر عاماً من يوم وقوع الحادث .

المبحث الرابع

العوض في الفقه الإسلامى والقانون

العوض عند فقهاء الإسلام يشمل ما يعتبر ضرراً كالكسب الذى
يضيع ويكون عينياً ما لم يكن الشئ المتلف مثلياً أو قيمياً ، فالمثل في المثليات
والقيمة في القيميات .
جاء في الفصولين « أن من ذبح رضيع نعمة ، يضمن أيضاً نضوب
لبن أمه » .^(٢)

(١) جاء في الدر المختار ج ٤ ص ٣٥٦ ما يأتى : «طبعة سنة ١٣٢٥

(٢) القضاء مظهر لأمثبات ويتخصص بزمان ومكان وتخصومة ()

(٢) الفصولين ج ١ ص ٨٧

(م ٨ - المسئولية)

هذا والتشريع الإسلامي لا يعرف التضامن بين المسؤولين^(١) .
وقد تسلم فقهاء الشريعة بتوسع في الضمان الواجب كدية النفس ودية
الأعضاء وحكومة العدل^(٢) .

ويرى القانون أن الاتفاقات بين الطرفين في المسؤولية التقصيرية
تؤدي إلى تعديل أثر الأحكام العامة المتعلقة بالتعويض مثل :

(١) الاتفاق^(٣) على الإعفاء من المسؤولية .

قال فقهاء القانون :

إذا تحققت المسؤولية التقصيرية لآمانع من الاتفاق على تعديل أحكامها
بالإعفاء أو التخفيف أو التشديد لأن للضرور حقه في أن يقبل التعويض
كاملاً أو ناقصاً ويصح أن يلزم المسئول نفسه فيعطى المضرور تعويضاً
أكبر ، وينعقد كل هذا مع النظام العام .

أما إذا لم تتحقق المسؤولية بعد ، فإن الاتفاق قد يبدو لأول وهلة أنه
غير متصور وقوعه لعدم وجود رابطة بين المسئول والمضرور تربطهما
مقديماً ، إلا أنه في بعض الحالات من الممكن تصور الاتفاق قبل تحقيق
المسؤولية كأن توجد أوضاع تجمع بين أشخاص يحتمل أن يوجد بينهم
مسئول وهو ضرور مثل أن يتفق جار مع جاره على تعديل أحكام
المسؤولية إذا أصاب أحدهما ضرر من حيوانات الآخر ، أو بمن تجاوز
المضار العادية للجوار .

(١) تراجع الهداية ص ١٨٤ ج ٤

(٢) يراجع في كتب الفقه المختلفة •

البدائع ج ٧ ص ٢٣٣ فما بعدها •

(٣) يراجع كتاب الأستاذ الدكتور الصدة ص ٥٣٣ من مصادر

الالتزام •

ولكن نص القانون المدنى المصرى فى الفقرة الثالثة من المادة ٢١٧ على أنه « يقع باطلا كل شرط يقضى بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع » .

فالقانون هنا يقضى بطلان كل اتفاق على الإعفاء أو التخفيف من المسئولية التقصيرية ، سواء كان بالإعفاء تماماً أو بانقاص مدى التعويض فلا يعرض إلا عن بعض الأضرار دون البعض الآخر أو بتحديد مبلغ معين ، أو سواء كان ذلك عن الخطأ الشخصى أو عن خطأ الغير . وذلك لأن المسئولية التقصيرية قد أنشأها القانون بصفة أمرة فهى تتعلق بالنظام العام وتختلف عن المسئولية العقدية التى أنشأتها الإرادة التى تستطيع أن تعدل من أحكامها .

وعلى هذا يجرى عمل القضاء فى مصر وفى فرنسا .

(ب) والاتفاق على تأمين المسئولية .

يتفق التأمين من المسئولية مع الاتفاق على الإعفاء من المسئولية فى أنهما فى الحالتين يدرأ المسئول فيها عن نفسه عبء الالتزام بالتعويض ولكن التأمين يختلف عن الإعفاء فى أن المسئول المؤمن له لا يرمى إلى التحرر من المسئولية ، وإنما يلقى عبئها على شركة التأمين فلا يحرم المضرور من حقه فى التعويض . وهو كثير فى الحياة العملية .

هذا ، ويجوز للشخص أن يؤمن من مسئوليته التقصيرية ، سواء كانت قائمة على خطأ ثابت أو مفروض أو قائمة على أساس غير ذلك ، وسواء كان الخطأ جسيماً أو يسيراً إلا أنه لا يجوز التأمين من المسئولية المترتبة على الخطأ العمد الذى يصدر من المؤمن شخصياً ، لأن ذلك يكون من قبيل الغش .

وللتأمين ثلاثة آثار وهي علاقة المؤمن بالمؤمن له وبحكمها عقد التأمين الذى يرتب التزامات على كل من شركة التأمين والمستول ، وعلاقة المؤمن بالمضرور وهي تجعل للمضرور من وقت وقوع العمل غير المشروع الحق فى أن يرفع دعوى مدنية قبل المؤمن ، ثم علاقة المؤمن بمن صدر منه الضرر فى التأمين عن عمل الغير وهي العلاقة التى تهمنا ، وهذه العلاقة توجد حين يؤمن الإنسان نفسه من المسؤولية عن فعل الأشخاص الذين يستخدمهم فى تنفيذ التزامه وهم الذين يكلفون بذلك بمقتضى الاتفاق أو القانون أو من المسؤولية التقصيرية عن فعل الأشخاص الذين يخضعون لرقابته أو يكونون تابعين له .

فإذا دفع المؤمن له التعويض للمضرور كان له أن يرجع به على المؤمن طبقاً لعقد التأمين ، وكذلك على الغير الذى صدر الخطأ منه؛ إذ يحق له كما سبق أن رأينا بالنسبة إلى المضرور أن يجمع بين التعويض ومبلغ التأمين ، لكن هل يجوز للمؤمن أن يرجع على الغير بمبلغ التأمين بدلا من المؤمن له ؟ لا يجوز للمؤمن هذا الرجوع طبقاً للقواعد العامة ، فهو لا يحل محل المؤمن له قانوناً فى الرجوع على الغير ، لأن الجدل القانونى لا يكون إلا بمقتضى نص وليس هناك نص يقضى بذلك إنما يغلب فى العمل وجود شرط ينزل به المؤمن له عن دعواه قبل الغير لصالح المؤمن ، به يرجع على الغير .

(ح) والاتفاق على استحقاق^(١) مكافأة أو معاش استثنائى فى حالة الإصابة أو الوفاة الناشئة من الفعل الضار .

(١) تراجع نظرية دفع المسؤولية لسليمان مرقص من ص ٤٢٥
فما بعدها .

وتراجع المسؤولية المدنية ج ١ ص ١٨٢ للمؤلف أيضا .

هذا ويكون الاتفاق على استحقاق مكافأة أو معاش استثنائي من رب العمل إذا كان المصاب عاملاً أثناء العمل ولا يمانع القانون المدني المصري في الجمع بين الحصول على مكافأة استثنائية والتعويض الواجب للمصاب وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية ، لأن القانون لا يبيح للمصاب الجمع بين التعويض الجزافي الذي قرره المشرع احتياطاً والتعويض الكامل الناشئ عن المسؤولية التقصيرية ، ولأنه متى حق له التعويض الكامل أصبح حكم التعويض الجزافي غير مطبق عليه . أما إذا كان المسؤول شخصاً أجنبياً غير رب العمل فإنه يجوز للمصاب الجمع بين مطالبة رب العمل بالمكافأة الاستثنائية ومطالبة المسؤول الاجنبي بالتعويض العادي ، لأن كلا من الحقين مستقل عن الآخر في سببه .

الاتفاقات الخاصة وأثرها في فقه الشريعة الإسلامية :

إن الفقه في الشريعة الإسلامية يرفض الاتفاقات الخاصة قبل أن تتحقق المسؤولية التقصيرية ويبطل أثرها في تعديل أحكام المسؤولية التقصيرية مثل : (١) أن يقول شخص لآخر : اقتلني بسيفك ولا شيء عليك ، فيقتله فإن القاتل تجب عليه الدية ، لأن الإباحة لا تجرى هنا والإذن في هذه الصورة نوع من الاتفاق ، ولأن الاتفاق على التنازل عن حق لم يتحقق نوع من الاشتراط الفاسد . أما إذا كان الاتفاق الخاص بعد تحقق المسؤولية التقصيرية كان على الاعفاء أو التخفيف من المسؤولية ، فإن هذا الاتفاق أيضاً في الفقه الإسلامي غير ملزم وإن رضى المضرور . (٢)

أما الاتفاق على تأمين المسؤولية أو على استحقاق مكافأة أو معاش

(١) يراجع الدر المختار ص ٥ ص ٥٤٠

(٢) يراجع شرح غرر الأحكام ج ٢ ص ١٧٧ (طبعة سنة ١٣٣٠هـ) .

فهو نظام حديث مازالت تقوم حوله شبه دينية ولا زالت تنفر منه النفوس المؤمنة المتحفظة وعقد غريب على الفقه الإسلامى وإن كانت لبعضهم دراسات فى مال السوكره وقالوا بأنه لا يحل للتاجر أخذ بدل الهالك من مال السوكره ، لأنه مال لا يلزم من النزم به ، ولأن اشتراط الضمان على الأمين باطل^(١) عندهم. ولا زالت تحوم حوله دراسات لفقهائنا المعاصرين وليس هنا مجال عرضها .

المبحث الخامس

دعوى المسئولية التقصيرية

(المطلب الأول فى فقه الشريعة)

ان فقه التشريع الإسلامى يشترط^(٢) لدعوى المسئولية التقصيرية أن يكون كل من المدعى والمدعى عليه معلوما غير مجهول لهيئة القضاء ، وأن يكون كل منهما عاقلا ، ولذا نرد دعوى المجنون والصبي غير المميز والصبي المميز هالم يأذن له من له الولاية عليه ، أو من يقوم مقامه بالخصوصية .

أما فى المدعى به فيشترط أن يكون معلوما أيضاً إلا فى خمس مسائل استثنائها الفقهاء ، منها المنصوب الهالك ، أو الذى لا يدرى قيامه أم هلاكه ، فإن الدعوى به تصح وإن لم تعلم هيئة القضاء قيمته ، وذلك لأن المتلف المجهول فى هذه الحالة إذا كلف المدعى ببيان قيمته فانه يتضرر ، فتسهيلا عليه ومنعا من إلحاق الضرر به أجازوا له الدعوى به .

(١) يراجع رد المحتار ج ٣ ص ٣٤٩ (طبعة سنة ١٢٩٩ هـ) .

(٢) يراجع شرح لائحة الاجراءات الشرعية لأحمد قمحة وعبد الفتاح

السيد طبعة سنة ١٩٢٣

وأما في الدعوى بضمان المتلف فيشترط أن تكون الدعوى بمجلس القضاء وبلسان المدعى بنفسه عند الأمام أبي حنيفة ويجوز له أن يوكل غيره عند الصاحبين وإن لم يرض الخصم الآخر . وأما المدعى عليه فيجب أن يحضر بنفسه أو بنائبه لسماع الدعوى التي يجب على المدعى أن يدعى فيها بما يفيد تيقنه وجزمه بحصول الإتلاف من المدعى عليه بغير حق مباشرة أو تسبياً .

هذا وإذا كانت دعوى الضرر الذي لحق المدعى ويطلب تعويضه عقاراً ، فلا بد من أن يذكر أن المدعى عليه وضع يده عليه وتصرف فيه خوفاً من أن يكون العقار تحت يد غيره ، وأما إذا كان منقولاً فإن على المدعى أيضاً أن يذكر أنه كان بيده هو أو من يقوم مقامه والمدعى عليه أحدث به الضرر ويبين العين المألوكه أو التي لحقها الضرر بياناً كافياً وبذكر قيمتها ما أمكن وألا يكتفى بالاجمال . وللمدعى عليه أن يدفع المسؤولية عن الضرر المذكور بالدعوى بأن ما فعله لم يحدث الضرر مباشرة ولم يكن سبباً في وقوعه ، أو أن المدعى لم يصب بأذى من فعله ، أو أن المدعى تنازل بعد أن دفع له تعويضاً تصالح معه عليه ، أو يدفع بأى وجه شرعى يخلصه من المسؤولية .

وتنقضى الخصومة بين المدعى والمدعى عليه بالآتى : —

(١) إذا ثبت مقتضى الحكم وحكم القاضي .

(٢) الأصل في الشريعة الإسلامية أن الحق لا يسقط بتقادم الزمان

إلا أن القضاء جرى حديثاً على النهى عن سماع الدعوى بعد مضي خمسة عشر

(١) يراجع كتاب الأصول القضائية فى المرافعات للشيخ على قراة

عاماً قطعاً للحيل والتزوير فيما عدا الوقف والإرث ، فإنه لا يمنع سماع الدعوى منهما إلا بعد ثلاث وثلاثين سنة بشرط أن يكون المدعى ممكناً من رفع دعواه في تلك المدة والمدعى عليه منكر الحق في كل المدة .

(٣) أن يتصلح المدعى والمدعى عليه فيتنازل المدعى عن حقه في التعويض .

المطلب الثاني

دعوى المسؤولية التقصيرية في القانون :

إذا لم يقيم المسئول بأداء العوض للضرر باختياره فإن للضرر (١) (ولو تعدد) الحق شخصياً في أن يرفع طلباً للمحكمة بشكواه ، مالم يكن قاصراً فإن وليه أو وصيه يقوم بإجراءات الادعاء نيابة عنه وليس للمحكمة أن تقضى بتعويض لم يطلب منها القضاء به ، وليس لها أن تلزم المسئولية بدفع تعويض لغير من أصابه الضرر ، أو من ينوب عنه ، والدعوى ترفع على من يكون ملزماً بجبر الضرر مالم يكن قاصراً أو محجوراً عليه فإنها ترفع على من

(١) وللضرر أن يرفع دعواه على أحد المسئولين إذا تعددوا ويطالبه بالتعويض كاملاً لأن المسؤولية بينهم تضامنية . تراجع المادة ١٦٩ من القانون المدني المصري الجديد ونصها « إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوى إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض » .

والتضامن يقوم بشروط ثلاث :

- ١ - أن يقترب كل من المسئولين خطأ .
- ٢ - ويكون الخطأ محدثاً للضرر وناجماً عنه .
- ٣ - وأن يكون الضرر واحداً وأدى إليه خطأ كل من المدعى عليهم .

يمسكه قانونا وهو الوصى أو الولي أو القيم وما لم يكن غير مميز فإنه يعفى من المسؤولية التقصيرية لوجوب توافر الأهلية القانونية اللازمة لقيامها .

وقد يغلب في أحوال تعدد المضرورين أن يصاب شخص في حادث بمضرة يعجزه عن القيام بعمله فيرتد الضرر بسبب ذلك إلى غيره لأن عدم قيامه بعمله يحول دون الاتفاق على من يعولهم ، أو قد ينزل بزوجه ضرراً ادبياً يجعل لمن حرم النفقة أو وقع به ضرر أدبي نتيجة لما أصاب البعض الآخر الحق في أن يطالب بالتعويض الممكن عما لحقه من ضرر أما إذا لم يلحقهم ضرر فليس لهم حق المطالبة ولو مات المضروب .

هذا والقصر الذين يتركهم المجنى عليه في حادث قضى عليه فيه إنما لهم - ويمثلهم الوصى - المطالبة بما أصابهم من ضرر شخصي ارتد عليهم عن الضرر الذي أصاب مورثهم وإثبات الضرر الأصلي الذي أصاب المجنى عليه ، كما لهم الحق (إذا باشر المجنى عليه دعواه ثم مات) مواصلة السير في الدعوى في الحالة التي هي عليها ، لأنهم امتداد لشخصيته .

للمدعى عليه أن يدفع دعوى المسؤولية بأنه لم يقترب خطأ أو بأن المدعى لم يصب بضرر أو بانعدام السببية بين الضرر والخطأ أو بأى وجه يخلصه من المسؤولية .

وتنقضى الخصومة بين المدعى والمدعى عليه بأحد الأحوال الآتية:

١ - إذا انقضى عام من آخر لإجراء صحيح من إجراءات التقاضى التى قام بها أحد الخصوم والمدعى كان سبباً مباشراً في عدم السير وحل طلب المدعى عليه إسقاط الخصومة (١) .

(١) تراجع المادة ٤٦ و ٤٥ و ٥١ من قانون المرافعات المصرى .

٢ - تنقضى الخصومة بمضى خمس سنوات على آخر إجراء صحيح فيها بالتقادم^(١).

٣ - إذا تنازل المدعى عن دعواه ولم يحددها^(٢).

٤ - إذا تنازل المدعى عن حقه في التعويض بصلح أو غيره^(٣).

وإذا مات المسؤول قبل أن يقوم بتعويض المضرور فإن الالتزام بالتعويض ينتقل إلى من يخلفه في ذمته المالية .

والاختصاص في أحوال المسؤولية التقصيرية يكون لمحكمة المدعى عليه المدنية ولكن قد يكون الاختصاص للمحكمة التي وقع فيها الفعل الضار إذا كان الضرر قد ترتب على جريمة أو الفعل الملزم للالتزام . فلبحكمة المواد الجزئية الاختصاص ولو كانت اللجنة منظورة أمام محكمة الجنايات وتكون المحكمة الابتدائية مختصة في جميع الدعاوى المدنية التي ليست من اختصاص محكمة المواد الجزئية ويكون حكمها انتهايا إذا كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز ٢٥٠ جنيهاً^(٤).

* * *

-
- (١) تراجع المادة ٣٠١ من قانون المرافعات المصري .
 - (٢) تراجع المادة ٣٠٧ من قانون المرافعات المصري .
 - (٣) تراجع المادة ٣٠٩ و ٣١١ من قانون المرافعات المصري .
 - (٤) تراجع المادة ٥٥٣ من قانون المرافعات المصري .

الباب الثانى

مسئولية الإنسان عن فعل غيره الإنسان

تمهيد :

١ - المسئولية الفردية فى الشريعة :

إن التشريع الإسلامى يقر مبدأ المسئولية الفردية التى توجب أن يكون الفرد مسئولاً عن عمله ، لا عن عمل غيره .

فالفرد مسئول وحده عن أعماله . قال تعالى : « ولا تزر وازرة وزر أخرى » . وقال تعالى أيضاً : « لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت » . وقال تعالى : « كل نفس بما كسبت رهينة » ، وقال تعالى أيضاً : « فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره »^(١) .

ووجه دلالة هذه الآيات يتلخص فى أن الإنسان ليس مسئولاً إلا عن خطئه الشخصى ، ولا يسأل عن نتيجة خطأ غيره .

وهذه الآيات الكريمة هى عماد الشريعة الإسلامية فى التوحيد بين الدين والقضاء فى مبادئ وقواعد كثيرة .

(١) تراجع سورة البقرة آية ٢٨٦

وسورة الاسراء آية ١٥

وسورة المدثر آية ٣٨

وسورة الزلزلة آية ٦

إلا أن كثيراً من المبادئ الأساسية لا يخلو من مستثنيات يقتضيها العدل ويفرضها الإنصاف ، وذلك لتعارض المصالح التي تقتضي الترجيح بينها وتفضيل الأهم منها على المهم مع ملاحظة تقلب الأحوال وتغير الأزمان .

قال صلى الله عليه وسلم : « كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته ، الإمام راع ومسئول عن رعيته ، والرجل راع في أهله وهو مسئول عن رعيته ، والمرأة راعية في بيت زوجها ومسئولة عن رعيته ، والخادم راع في مال سيده ومسئول عن رعيته .. »^(١) وهذا الحديث هو عمدتنا ودليلنا على أن لمبدأ التبعية مستثنيات سنحاول جهدنا استخراج أمثلة لها من كتب الفقهاء^(٢) .

هذا ، وقول الله تعالى « ولا تزر وازرة وزر أخرى » ، يظهر لي أنه عام في أن لا مسئولية على شخص عن فعل غيره وعموما مطلق ؛ لأنه لم تصحب عبارة الآية قرينة تنفي احتمال تخصيصها ولا قرينة تنفي دلالتها على العموم ، فصيغة الآية مطلقة من القرائن اللفظية كالاستثناء أو الشرط أو الوصف أو الغاية ، إلا أن حديث البخاري القائل : « كلكم راع وكلكم

(١) رواه البخاري راجع شرحه للعيني ج ٦ ص ١٨٩

(٢) ومن أمثلة الاستثناء ما جاء في جامع الفصولين ج ٢ ص ٧٨ جاء فيه « لو أمر صبيًا باتلاف مال آخر فأتلفه ضمن الأمر » « لو دفع إلى صبي سكينًا لم يسكه له فوق من يده على الصغير أو على آخر ضمن الدافع » .
وجاء في مجمع الضمانات ص ٤٢٣ ما يأتي : « لو أودع صبيًا محجورا عليه وديعة بلا إذن وليه فأتلفها لم يضمها الصبي للتسليط من مالكها » .

مستول عن رعيته ... ، دليل منفصل ومستقل ، وقد يساعدنا بطريق
«ملتو» بعض الشيء على تخصيص هذا العموم ، ويظهر من أمثلة الفقهاء
الآتية أن الآية ليست على عمومها المطلق من وجهة النظر الفقهية عندهم
ومن الأمثلة ما يأتي :

«صبي ابن ثلاث سنين وحق الحضانة للآم نقرجت وتركت الصبي
فوقع في النار تضمن الآم ...» (١) .

والمسئولية هنا على الآم ، لأنها راعية وهي مسئولة عن ترعاه .

«... وإن كان (أى الصبي) لا يعقل أو كان أصغر سنًا ، (أى من
تسع سنين وسقط من سطح وغرق) قالوا يكون على الوالدين أو على
من كان الصبي في حجره الكفارة لترك الحفظ» (٢) .

«وإن سلم ولده الصغير إلى السابج ليعلمه السباحة فغرق ، فالضمان
على عاقلة السابج ، لأنه سلمه إليه ليجتاط في حفظه ، فإذا غرق نسب
إليه التفريط في حفظه ...» (٣) :

«(ص) وكأب أو معلم أمر ولداً صغيراً (ش) يعنى أن الأب أمر
ولده الصغير أن يقتل شخصاً فقتله ، فإن الأب يقتل إبه دون ولده
الصغير ...» (٤) .

(١) مجمع الضمانات ص ٤٥٨

(٢) الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٧٠

(٣) المغنى ج ٧ ص ٨٣١

(٤) يراجع الخوشي ج ٨ ص ١٠

٢ — المسؤولية الفردية في القانون :

التبعة الفردية أو المسؤولية الشخصية عن خطأ الانسان نفسه كانت هي الاصل أيضاً في القانون الوضعي إلى أن عرف القانون مبدأ الخطأ الذي هو عندهم .

اخلال بواجب قانوني مقترن بادراك المخل اياه .

والادراك هنا يفرض وجود العنصر النفسي للخطأ وهو التمييز والوعي وعليه فالتبعة لا تتوجه على هذا التعريف إلا إلى من يتوافر فيهم التمييز فيما عدا الحالات الاستثنائية التي يفرض فيها القانون واجباً لا يتطلب من المملكف به تمييزاً أو إدراكاً ، مثل التزام المتبوع عديم التمييز بضمان أفعال تابعة والالتزام بالضرائب ... الخ .

وان مناط عدم المسؤولية عندهم هو انتفاء التمييز بالفعل وقت ارتكاب الفعل الضار ، فلا يسأل المجنون والصبي غير المميز عن أفعالهم الضارة بالغير .

وقد يجافى هذا الرأي العدالة إذا تصورنا أن عديم التمييز أو المجنون أو المعتوه الذي تسبب في قتل عامل بسيط يعول أسرة كبيرة لاعائل لها سواء لاسيما إذا كان القاتل طائل الثراء ولا يعول أحدا .

فالانصاف يقتضى أن يؤخذ من مال غير المميز الثرى ما يعوض أسرة العامل عما نتج لها من فقد عائلها .

ولهذا يرى^(١) بعض شراح القانون وجوب الأخذ بمبدأ المسؤولية المبينة على تحمل التبعة ، الا أن هذا الرأي لم يسد بسبب أخذ أغلب مشرعي القانون بمسؤولية استثنائية قرروها خلافاً للاصل المنصوص عليه

(١) تراجع المسؤولية التقصيرية للدكتور سليمان مرقص ج ٢ ص ٧٤

وفقاً للقاعدة - أن لا مسؤولية من غير خطأ - وعديم التمييز عندهم
لا يسأل لعدم تصور الخطأ منه ، إلا أن بعضهم يضع عليه مسؤولية
احتياطية ، ولكن في نطاق ضيق ويتركها للقاضي الذي لا يلجأ إليها إلا إذا
لم يوجد شخص مسئول عن عديم التمييز ، أو وجد وانتفت مسؤولية
أو تعذر الحصول منه على التعويض لإعساره . (١)

• • •

-
- (١) تراجع المادة ١٦٥ فقرة ثانية من القانون السوري والمادة ١٦٤
فقرة أولى والمادة ١٦٧ فقرة ثانية من القانون الليبي •
تراجع المادة ١٩١ من القانون العراقي •
تراجع المادة ٨٧٩ من القانون الألماني •
تراجع المادة ٥٤ من القانون السويسري •
تراجع المادة ١٤٣ من القانون البولوني •

الفضل الأول

مسئولية الراعى عن تحت رعايته

المبحث الأول

مسئولية الراعى عن تحت رعايته فى الشريعة :

إن جمهور الفقهاء ، ماعدا جماعة من المالكية يرون أن الصبي ولو كان غير مميز إذا أتلّف مال الغير أو سبب له ضرراً ما يكون مسئولاً في ماله عما أتلّف إذا حصل منه الإلتلاف مباشرة ، وطبيعى يجرى هذا قياساً على باقى فاقدى الأهلية مثل المجنون والمعتوه ، فمسئولية عديمى التمييز فى أموالهم يسهل إلى حد كبير على الضرور الوصول إلى العوض المستحق له عن الضرر الذى لحقه منهم ، حتى إذا لم يكن لهم أموال فقد قرر الفقهاء أن يثبت ما وجب عليهم فى الذمة حتى اليسار .

أما على رأى جماعة من المالكية فقد جاء فى قوانين ابن جزىء مانصه :
« وأما الصبي الذى لا يعقل فلا شئ عليه فيما أتلّفه من نفس أو مال كالعجاء » .

وعلى هذا رأى يكون الصغير غير المميز لا مسئولية عليه لفقدانه الإدراك ، سواء أكان إلتلافه مباشرة أو تسبباً وتكون المسئولية على وليه^(١)

(١) الولى فى الفقه الإسلامى هو انسان راشد يقوم بالرعاية على قاصر (أو من فى حكمه من ناقصى الأهلية أو فاقديةها) ويدير شؤنه الشخصية أو النفسية .

أو القيم عليه إذا نشأ عن تقصيرهم أو إهمالهم في حفظه أو إغرائهم
بإتلاف أو إضرار بحقوق الآخرين .

ما ذكرناه في رأى الأول رأى الجمهور في حال المباشرة، أما في أحوال
الاضرار تسبباً من عديمي التمييز فلا بد لوجوب المسؤولية من التمييز
والإدراك لدى الفاعل .

وهذا القول وإن لم يذكره الفقهاء صراحة إلا أنه يستند إلى اشتراطهم
التعمد في ترتب التبعة في الاضرار تسبباً وقاعدتهم هي : « المتسبب لا يضمن
إلا بالتعمد » ، والتعمد يراد به التعدى ، ودليلنا على ذلك ما ورد في الباب
الحادى عشر في إتلاف مال الغير وإفساده مباشرة وتسبباً من كتاب
بجمع الضمانات قال المؤلف :

« المباشر ضامن وإن لم يتعد والمتسبب لا ، إلا إذا كان متعمداً فلو حفر
بئراً في ملكه فوقع فيها إنسان لم يضمنه ، ولو في غير ملكه ضمنه ذكره
في الأشباه .. (ولو) وضع شيئاً على طريق الإمامة فعثر به إنسان فسقط ذلك
ذلك الشيء من غير قصد منه يضمن وهو الصحيح ... (ولو ان) رجلاً تقدم إلى
خزاف يبيع الخزف فأخذ غضارة بإذنه لينظر فيها فوقعت من يده على
غضارات آخر فانكسرت لا يضمن قيمة التي أخذها لأنه أخذها بإذنه
ويضمن قيمة ما سواها لأنه تلقى بفعله بغير إذنه (١) » .

يلاحظ أن التعدى للحدود الشرعية قد يكون بقصد الاضرار وقد
يكون بغير قصد الاضرار ، لهذا فإن التعبير الوارد في قاعدة التسبب
المذكورة يكون غير سديد لا سيما في قاعدة ، لأنه يؤم بأن المراد
القصد لا التعدى .

(١) يراجع مجموع الضمانات ص ١٤٦

أما إذا كان مراد الفقهاء من لفظ التعمد القصد فإنه يكون لا بد لوجوب
المستولية في أحوال التسبب من التمييز والإدراك عند الفاعل .

وهذا القول وإن لم يذكره الفقهاء بوضوح لكنه يستند إلى أمثلة
وردت في كتب الفقه تؤيده ولا تفهم إلا به مثل قولهم في كتاب المبسوط :
لو « سار الصبي على الدابة فأوطأ إنساناً فقتله ، فإن كان هو من
يستمسك عليها ، فديته على عاقلة الصبي . وإن كان بما لا يسير على الدابة
لصغره ولا يستمسك عليها ، فدم القتل هدر (١) » .

فدم القتل هدر في الصورة الثانية لأنه صغير لا يستمسك عادة على
الدابة ولا يملك التمييز والفهم اللازم لذلك ، وهو لذلك لا يملك التعمد
والقصد المشترك في كل ضرر حصل تسبباً حسبما جاء بالقاعدة القائلة :
« المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد » .

كما يستند إلى القياس العكسي الذي يمكننا أن نستنتجه من مجلة الأحكام
العدلية عن ضمان الصبي في المادة ٩١٦ ونصها :

« إذا أتلّف الصبي مال غيره يلزم الضمان من ماله ، وإن لم يكن له
مال ينظر إلى حال يساره ولا يضمن وليه » .
وذلك لأنها وردت في باب الإتلاف مباشر فقط .
كما أن هنالك أمثلة لا يمكن أن تفسر إلا بذلك .

من الأمثلة .

« صبي ابن تسع سنين سقط من سطح أو غرق في ماء قال بعضهم :
لا شيء على الوالدين لأنه ممن يحفظ نفسه وإن كان لا يعقل أو كان أصغر
سناً قالوا : يكون على الوالدين أو من كان الصبي في حجره الكفارة لترك
الحفظ » .

« وأن سير الصبي الدابة فوطئت إنساناً فقتلته فالدية على عاقلة الصبي إلا أن يكون الصبي لا يستمسك فهدر ، ولو كان الرجل راكباً فجعل صبياً معه فقتلت الدابة إنساناً فإن كان الصبي لا يستمسك فالدية على عاقلة الرجل فقط وإلا فعلى عاقلتهما ، ^(١) .

(٢) حمل صبياً على دابة كان هذا سبباً للتلف فإن سقط منها وهي واقفة وسارت بنفسها ضمنه عاقلة الحامل لأنه صار بمنزلة صاحب العلة وإن ساقها الصبي وهو بحيث يصرفها انقطع التسبب بهذه المباشرة الحادثة ^(٢) .

(٣) « صبيان يرمون لعباً فأصاب سهم أحدهم عين امرأة وهو ابن تسع سنين أو نحوه فالدية في مال الصبي ولا شيء على الأب وإن لم يكن له مال فنظرة إلى ميسرة قال أبو الليث وإنما أوجب الدية في مال الصبي لأنه لا يرى للعجم عاقله وأما إذا كان للصبي عاقلة وثبت بالبينة فعلى عاقلته ولو شهد الصبيان أو أقر الصبي لم يجب على أحد شيء ^(٣) .

(٤) « أن الأب إذا أمر ولده الصغير أن يقتل شخصاً فقتله فإن الأب يقتل به دون ولده الصغير ... فلو كان الولد كبيراً قتل وحده ^(٤) . وغير ذلك من الأمثلة كثير .

هذا ، وعند الحنفيين إذا أتلف الصبي مال الغير بأمر الغير كان عليه

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٧١

(٢) جامع الفصولين ج ٢ ص ٨١

(٣) مجمع الضمانات ص ١٧٠

(٤) الحرثي ج ٨ ص ١٠

ضمان الضرر ولكنه يرجع بما دفعه على الأمر^(١) . فيكون هذا الأمر مستولا عن عمل الصغير ، لأن أمره بالقياس إلى الصبي شبيه بالإكراه .
وبما جاء في كتبهم :

« الأمر لاضمان عليه إلا في ثلاث وزاد ابن نجيم رابعا هو ما إذا أمر الأب ابنه » .

« وكذا لو أمره بحمل شيء أو كسر حطب بلا إذن وليه ولو لم يقل

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٥٨ وص ١١٣

يراجع أيضا جامع الفصولين ج ٢ ص ٨١ و ٨٢

يراجع رد المحتار على الدر المختار ج ٥ ص ١٨٦ ومجمع الضمانات

ص ١٦٢

يراجع الزيلعي على الكنز ج ٦ ص ١٥٩ والقنواي الحانية ج ٣ ص ٤٨٣ .
يراجع الحرشي على المختصر ج ٨ ص ١٠ جاء فيه : « ان الأب اذا أمر ولده الصغير أن يقتل شخصا فقتله فان الأب يقتل به دون ولده الصغير سواء كان حرا أو رقيقا ... » ويعاقب الأب وكذا المعلم اذا أمر ولدا صغيرا بقتل شخص فقتله .

يراجع المحلى لابن حزم ج ١١ ص ١٧ جاء فيه (ان من استعان صبيًا فأتلف شيئا لا يضمن الصبي - ومفهوم ما جاء بالصفحة ٢ أنه اذا أصاب الغلام شيء فان راعى من استعماله النظر للغلام فهو فعل خير لاضمان عليه لأنه محسن فيما أصابه مما لم يحسنه هو لقوله تعالى « ما على المحسنين من سبيل » وان كان استعانه به من غير إذن أهل . واما اذا كان غير ناظر له في ذلك فهو ظالم له ، ولكن ليس كل ظالم يضمن دية المظلوم الا أن يباشر أو يأمر باكراهه وأدخاله البئر مثلا ويموت فهو قاتل عمد يضمن وعليه القود) .

لى بل قال اصعدها (أى الشجرة) وانقض لنفسك أو نحوه فسقط ومات
فالمختار هو الضمان ، وقيل لا ضمان .

أمر صبيّاً ليأتى له بالنار .. فجاء بها وسقطت منه على حشيش وتعدت
إلى الكرسي فاحترق يضمن الصبي ويرجع به على الأمر .

ونقل عن القنية أنه لو أمر أحد صبيّاً ليأتى له بنار من مكان ، فجاء بها
وسقطت منه على حشيش وتعدت إلى مال الغير فاحترق ، فالصبي ضامن
ولكنه يرجع على الأمر بما ضمن .

وكذلك لو أمر الصبي بقتل رجل أو بحرق ماله أو بقتل دابة ، كان
الضمان على عاقلة المأمور في الحالة الأولى وعليه في ماله في الحاليتين
الآخرتين وكان للضامن في جميع هذه الأحوال أن يرجع على الأمر
بما دفع .

المبحث الثاني

مسئولية الرقيب (عمن تحت رقبته) في القانون :

وضع القانون على كل من تشترط عليه رقابة غيره من القصر ومن في
حكمهم كالوالدين والمربين ومعلمي الحرف مسئولية مفترضة عن أعمالهم التي
تسبب ضرراً للغير وذلك لأن واجب الرقيب أن يرعاه ويحافظ عليه ويمنعه من
ارتكاب أخطاء تضر بالآخرين فان قصر في ذلك فان القانون خفف على
المصاب عبء إثبات الخطأ واتخذ من وقوع الفعل الضار من بعض الأشخاص
الذين يكونون في رعاية غيرهم قرينة على تقصير الراعى في واجب رقابته
وجعل مسئولية الراعى مفترضة افتراضاً بمجرد توافر شروط وانطباق
هذه القرينة .

فالتقنين المصرى توسع في مسئولية المرء المفترضة عن أعمال من

يكونون في رعايته ولم يقصرها على أفراد معينين على سبيل الحصر (١) ومثله السوري والليبي خلافاً للبناني فإنه قصرها على الأب والأم والمعلمين والمربين كالفرنسي في المادة ١٣٨٤ وزاد الأوصياء (٢).

ولقد نص كل من التقنين التونسي والمراكشي على ما يأتي :

« الأب والأم والأقارب الآخرون والأزواج يسألون عن الأضرار التي يحدتها المعتوهون وغيرهم من مرضى العقول المقيمين معهم ولو كانوا بالغين ما لم يثبتوا أنهم قاموا بالرقابة اللازمة على هؤلاء الأشخاص أو كانوا يجهلون أن مرض المعتوه يجعله خطراً أو أن الضرر راجع إلى خطأ من أصيب به ويسرى هذا الحكم على الأشخاص الذين يتكفلون بموجب عقد برعاية مثل هؤلاء المرضى وراقبتهم .

هذا ، ويشترط القانون لانطباق قرينة المسؤولية ثلاثة شروط :

الشرط الأول : وجود شخص في رعاية آخر أو تحت رقابة آخر .

الشرط الثاني : ارتكاب المرعى عملاً غير مشروع أضر بالغير .

الشرط الثالث : وجود نص يفترض تقصير الراعى في رقابة المرعى

وممنعه من إتيان العمل غير المشروع .

فإذا توافرت هذه الشروط فإن الراعى يعتبر مسئولاً مسئولية مفترضة ولكن الراعى يملك دفع تلك المسؤولية بإثبات عكس قرينة الخطأ أو قرينة السببية كأن يثبت أنه قام بواجب الرقابة على القاصر أو من كان في حكمه أو يثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب

(١) تراجع المادة ١٧٣ من التقنين المدني المصري الجديد .

(٢) تراجع المادة ١٢٦ من التقنين المدني اللبناني .

بما ينبغي من العناية^(١).

هذا ، والمرعى لا يخلو إما أن يكون مميزاً أو غير مميز ، فالذين ينعدم إدراكهم ووعيهم ويفقدون القدرة العادية على فهم أفعالهم وتقدير نتائجها فإن التقنين الفرنسى فى المادة ١٣٨٢ يشترط تمييزهم ولكن التقنين المصرى الجديد قد اشترط صراحة التمييز فى المادة ١٦٤ منه ، وكذلك كل من التقنين السورى واللىبى ، إلا أن المشرع رأى فى الوقت ذاته أنه لا يصح مساءلة الراعى عن كل فعل يقع من المرعى وأنه لا بد من تحديد أفعال الأخير التى يسأل عنها الراعى ، فجعل مسئولية الراعى المفترضة فى المادة ١٧٣ فقرة أولى قاصرة على الضرر الذى يحدثه المرعى للغير بعمله غير المشروع ونص صراحة على أن هذه المسئولية تترتب ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز .

هذا ، وإن كان التمييز شرطاً لى تكون إرادة الشخص إرادة عاملة مميزة فقد يمكن أن يأتى المجنون عملاً إرادياً أو عمدياً كالقتل والسرقه والإتلاف ، ولكن إرادته لا تكفى لمساءلته جنائياً أو مدنياً لأنها إرادة غير عاقلة وغير مميزة ومثل المجنون الصغير غير المميز والمعتوه .

والواقع أن القانون لا يضع معياراً للتمييز الذى يكفى للمسئولية التقصيرية ولكنه يصل إلى ذلك بافتراض التمييز فى كل افسان عادى . وتحديد الأشخاص الذين يستثنون من هذه القاعدة ، ويعتبرهم فاقدى التمييز هم :

(١) تراجع المادة ١٦٤ و ١٧٣ من التقنين المدنى المصرى الجديد ومثلها المادة ١٧٤ مدنى لىبى والمادة ١٢٦ مدنى لبنانى والمادة ٨٥/٩٣ من القانون التونسى والقانون المراكشى . والمادة ١٣٨٢ من القانون الفرنسى .

- (١) الصغير الذي لم يبلغ السابعة .
(٢) المجنون أو المصاب بعاقة عقلية .
(٣) الواقع في غيبوبة ناتجة عن مواد مخدرة في حالات معينة^(١) .
هذا والقانون العراقي تأثر بالفقه الاسلامي الذي يضمن عديم التمييز إذا أُلِف شيئاً للغير مباشرة ولو لم يتعد ولا يضمنه في حال التسبب لأنه لا يتصور منه التعدي القائم على الإدراك إلا أنه حور بعض الشيء بتسويته بين حالتي الإتلاف مباشرة والإتلاف تسبباً في إيجاب التعدي في ضمان الإتلاف في كل منهما .

جاء في المادة ١٩١ من التقنين العراقي ما يأتي : —

- (١) إذا أُلِف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله .
(٢) وإذا تعذر الحصول على التعويض من أموال من وقع منه الضرر ، إن كان صبياً غير مميز أو مميز جاز للمحكمة أن تلزم الولي أو القيم أو الوصي بمبلغ التعويض ، على أن يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر .
(٣) وعند تقدير التعويض العادل من الضرر لا بد للمحكمة أن تراعى في ذلك مركز الخصوم .

ويظهر من هذا النص أن القانون العراقي غلظ مسؤولية عديم التمييز فجعله مسئولاً حتى في حال الإتلاف تسبباً ولا يخفف هذه المسؤولية من عديمي التمييز غير محاولة فهم المادة ٢٠٤ من القانون المدني العراقي على أنها

(١) يراجع الدكتور سليمان مرقص المسؤولية التقصيرية ج ١ ص ٧٣

تشتط لضمأن اتلاف عديمى التميز التعدى فى كل من حالى المباشرة والتسبب وهو فى نظرى بعيد .

هذا . والقانون المصرى الجديد والسورى واللىبى والبنانى وحتى القوانين الغربىة كالقانون الفرنسى والألمانى والسويسرى والبولونى وغيرها قد وضع على عديمى التميز مسئولية استثنائية احتياطية فى أموال ضامنه (١) .

(موازنة بين فقه الشريعة والقانون)

فى مسئولية الراعى أو الرقيب :

١ - إن فقه الشريعة الإسلامية سهل قيام المسئولية عن فعل القاصرين ومن فى حكمهم من الذين هم فى حاجة إلى أن يكونوا تحت ولاية غيرهم من الناحيتين المالية والنفسية إذا حدث الفعل الضار من أحدهم مباشرة مبرا كان أو غير مبرا فالضمان فى ماله ولا يشترط فقه الشريعة لقيام المسئولية على القاصر حصول خطأ أو تعد أو تعدد ولا يسأل من عليه القيام برقابته ورعايته عن فعل من تحت ولايته ولو ثبت إهماله بل ذهبت الشريعة إلى أبعد من ذلك فاعتبرت أنه ليس على أحد مسئولية عن خطأ غيره ولو ثبت أنه أمره بارتكاب الفعل الضار مادام المرتكب يميز بين النافع والضار وليس مكرها . خلافا للقانون فإنه يجعل الرقيب مسئولا عن خطأ من يتولى رعايته مسئولية قابلة للدفع بإثبات عكس قرينة الخطأ المفترض .

٢ - أما فى حالة الإضرار بالآخرين من القصر ومن فى حكمهم تسببا

(١) يراجع المسئولية التقصيرية للدكتور سليمان مرقص ج ١ ص ٧٥

فانهم أيضاً مسئولون شخصياً في أموالهم دون الرقيب إذا كانوا يميزين. أما فاقدو التمييز منهم فلا مسئولية تترتب على الأضرار التي تسببوا فيها من غير تعمد أو إدراك خلافاً للقانون الذي يجعل المسئولية في مثل هذه الحالة على الرقيب أيضاً ويفترض خطأه وتقصيره في الرقابة ولا يميز في ذلك بين القاصر المميز وغيره .

٣- أما إذا كان من حدث منه أضرار بالآخرين في حال التسبب من عديمي التمييز فانه لا ضمان عليه في ماله لأن شرط التعدي والإدراك في حالته مفقودة ومثل ذلك القانون لاشتراطه في الخطأ توافر التمييز وهنا تظهر الحاجة إلى مساواة غيره عنه لئلا يضيع على المصاب حقه .

فالقانون سهل على المصاب حقه بقبول فكرة مسئولية المرء عن فعل غيره من فاقدى التمييز من غير حاجة إلى إثبات التقصير في الرقابة وافترض القانون خطأ الرقيب في رقابته على تفاوت بين التشريعات الحديثة في ذلك .
والشريعة الإسلامية قد لا ترفض للمصاب أن يطالب بالتعويض في هذه الحالة بمن عليه الولاية على الصغير إذا استطاع أن يثبت تقصيره في الحفظ مادام غير المميز لا يستطيع حفظ نفسه .^(١)

(١) راجع جامع الفصولين ص ٨٢

راجع جامع الفصولين ص ١٧٣ جاء فيه :

« وذكر في المنتقى رجل أعطى صبياً عصاً أو شيئاً من السلاح وقال

امسكه لي فعطب الصبي بذلك فدية الصبي على عاقله الدافع » .

وراجع الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى ص ١٧١ جاء ما يأتي :

« صبى ابن تسع سنين سقط من سطح وغرق في ماء قال بعضهم لاشئ على الوالدين لأنه ممن يحفظ نفسه وان كان يعقل أو كان أصغر سناً قالوا يكون =

٤ — ولا يخفى من هذه الموازنة أن الشريعة الإسلامية قد سهلت على المضرور أمره بجعلها الضمان في مال المباشر مطلقاً وفي مال

-
- على الوالدين أو على من كان الصبي في حجرة الكفارة لترك الحفظ »
 - وجاء القانون الانجليزي قريباً من هذا المعنى
 - يراجع كتاب سالند في قانون المسؤولية المدنية ص ٧١ ونصها •

See Salmonds Law of Torts (Fifth Edition)

Page 71 — (19 Minors)

“A minor is in General liable of his torts in the same manner and to the same extent as an adult. In certain other branches of the law liability is Excluded by the fact that the defendant is below a certain age. This, a child under seven years of age is exempt from all responsibility for crimes committed by him. A child between the ages of seven and fourteen (14) is presumed to be incapable of criminal intent, though this presumption may be rebutted by proof to the contrary. A person under the age of twenty-one is in general free from all liability for breach of contract. In the Law of torts, however, there are no similar rules of exemption. Thus a child of any age may be sued for trespass to land or injury to property, and will be held liable in damages just if he were an adult”.

وترجمة هذا النص باختصار :

« القاصر مسئول عن خطأ بصفة عامة بمثل مسؤولية البالغ ، الا أنه في بعض فروع القانون فإنه يستثنى من المسؤولية ، بسبب انه أقل من السن المحدد • فالطفل أقل من ٧ سنة من عمره يعفى من كل مسؤولية للجرم الذي يقع منه • والطفل بين سن ٧ الى ١٤ من عمره تفترض عدم أهليته =

المتسبب إذا كان مميزاً من غير حاجة إلى إثبات خطأ أو أمر خطأ
مفترض في حال المباشرة وهي أكثر حدوثاً .

* * *

= المقصد الاجرامى - وان كان هذا الافتراض من الممكن اثبات عكسه -
ومن كان عمره أقل من ٢١ سنة لا يكون مسئولاً عن نقضه عقداً •
فى قانون المسؤولية المدنية - على أى حال - ليس هناك أساس للاستثناء ،
فالطفل من أى عمر يواخذ على أى ضرر يلحقه بالأرض أو ممتلكات
الغير ويعتبر مسئولاً كالبالغ •

الفصل الثاني

مسئولية المتبوع عن التابع

تمهيد

هل هنالك أحكام خاصة بمسئولية السيد والمخدوم عن الأضرار التي يلحقها الخادم بالغير في التشريع الاسلامي مثل الأحكام الخاصة بذلك في القوانين المدنية الوضعية ؟ وهل يسأل السيد في الشريعة كما يسأل في القانون وفقاً للقواعد العامة عن خطأ التابع إذا ثبت أن المخدوم أساء اختيار تابعه أو خادمه أو أنه أخطأ فيما أصدره إليه من أوامر أو قصر في رقبته أم لا يسأل ؟

هذا ما سنحاول دراسته في هذا الفصل مع أخذنا في الاعتبار أن المتبوع بوجه عام قد يكون فرداً عادياً وقد يكون شخصاً معنوياً كالدولة والمؤسسات العامة وشبهها .

المبحث الأول

شروط وأساس مسؤولية المتبوع :

في فقه الشريعة يشترط لهذه المسؤولية ما يأتي :

(١) أن يكون هنالك عقد يقتضي أن يسلم الأجير الخاص منافع له لصالح المؤجر . ويكون العمل الذي يؤديه مشروعاً يقتضي أن يطيع فيه للمؤجر ويمثل أمره .

(٢) وقوع ضرر يصيب الغير بسبب تأديته للوظيفة في غير محل

وظيفته مباشرة أو تسبباً (١) .

أما في القانون فإن المتبوع مسئول عن الضرر الذي يحدثه تابعه إذا وقع منه الإضرار بالغير في حال تأدية وظيفته أو بسببها وتوفرت الشروط الآتية :

(١) وجود علاقة تبعية بين التابع والمتبوع تجعل للمتبوع سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه .

(٢) وقوع خطأ من التابع حال تأدية وظيفته أو بسببها (٢) .

أساس مسؤولية المتبوع في فقه الشريعة والقانون :

يرى بعض رجال الفقه القانوني أن أساس مسؤولية المتبوع هو خطأ مفترض في جانب المتبوع بسبب سوء في الاختيار ، أو تقصير في الرقابة ، أو إهمال في التوجيه أو خطأ فيها جميعاً ، وهذا الخطأ المفترض لا يقبل عندهم إثبات عكسه وقد هجر هذا الرأي لأن المسؤولية لا تقوم على خطأ .

ويرى بعضهم أن أساسها يبنى على نظرية تحمل التبعة لأن المتبوع يفيد من نشاط تابعه فعليه تقع تبعة هذا النشاط وقد ترك هذا الرأي لأنه لا يتفق وحق المتبوع في الرجوع على التابع .

ويرى بعض آخر أن أساسها النيابة لأن التابع ينوب عن المتبوع نيابة قانونية وقد لوحظ على هذا الأساس أن النيابة لا تكون في الأعمال
المسؤولية المدنية

(١) المسؤولية المدنية للشيخ شلتوت ص ٣١

(٢) يراجع مصادر الالتزام للدكتور الصدة ص ٥٤٩

وقول رابع يرى أن أساسها الحلول لأن التابع يحل محل المتبوع بحيث أنه إذا ارتكب الأول خطأ فكأنما ارتكبه المتبوع ، وخطأ هذا الرأي يتلخص في أنه يحتفظ بفكرة الخطأ في نطاق هذه المسؤولية .

ورأي خامس يقول بأن أساسها الضمان لأن المتبوع يضمن تابعه فيما يرتكب من خطأ يصيب الغير بضرر أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها ، وهو الرأي الصواب ^(١) .

وعليه فإن المسؤولية التقصيرية تقوم على أساس من الضمان وتحقق حتى لو كان المتبوع غير مميز لأن القانون هو مصدر الضمان الذي تقوم عليه هذه المسؤولية ولأن المتبوع ليس في مقام المسئول عن فعل نفسه وإنما يسأل عن فعل غيره وهو التابع ^(٢) .

هذا ، وفي العادة التابع هو شخص يختاره المتبوع ليقوم له بعمل ما وقد لا يكون المتبوع حراً في اختيار تابعه إلا أنه يتمتع بالسلطة الفعلية عليه في رقابته وفي توجيهه وله مصلحة في استخدامه .

ونظراً لأن للمتبوع حق إصدار الأوامر للتابع وتوجيهه في أداء ما يستخدمه فيه ، ونظراً لأنه كثيراً ما يكون أمر المتبوع إكراهياً يقرر التابع على أن يقوم بفعله ولو من غير رضاه أو يفعله بسبب خوفه من المتبوع ، رأيت أن أضع بين يدي القارئ مبحثين أحدهما في مسؤولية المسكره والآخر في مسؤولية الأمر وذلك لأهميتهما في فهمنا متى يكون المتبوع ضامناً ومتى يسقط عنه الضمان .

(١) تراجع المادة ١٧٤ من القانون المدني المصري *

(٢) تراجع كتاب مصادر الالتزام لاسตราจารย์ الدكتور الصدة ص ٥٤٧

فما بعدها *

المبحث الثاني

مسئولية المكره في الشريعة والقانون

المكره في الشريعة هو الذي يحمل غيره على أمر كان يمتنع عنه قبل الاكراه لولا تخويف المكره وغلبة ظن الغير أنه يقع عليه ما هدد به .

والشخص لا يكون مكرها ما لم يحمل غيره على فعل شيء قهراً من غير رضاه خلافاً لفخر الإسلام من الحنفية الذي يرى أن الإكراه يتحقق^(١) مع الرضا، ويعنى برأيه هذا الإكراه الأدبي الذي لا يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار .

أما المكره في القانون فهو الشخص الذي يضغط على غيره ضغطاً يؤثر على إرادته فيندفع إلى فعل أمر يمنع منه القانون، ويتفق القانون مع الشريعة بهذا التعريف لأن الشخص يكون مكرها في القانون إذا استعمل بقصد وسائل الإكراه التي من شأنها أن تهدد بخطر جسيم محقق سواء وقع على نفس المكره أو ماله أو أحد أقاربه أو أوجد رهبة في نفس المكره تحمله على فعل ما أكره عليه لتصوره أن خطراً جسيماً يهدده .

معيار الإكراه :

صرح الفقهاء بأن الإكراه معياره نفسى وهو ما يحدث في النفس من خوف وتأثير إن لم يتحقق وقوع الضرر ، بل يكفي مجرد غلبة الظن .

(١) يراجع أصول الفقه طبعة ثانية سنة ١٩٦١ للاستاذ الشيخ البرديسى

وأكثر القوانين الوضعية الحديثة تطبق المعيار النفسى لأنها تنظر إلى حالة الشخص من حيث تأثره بالرهبة والخوف وتقدر حالته من حيث جنسه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف من شأنه أن يؤثر فى جسامته الإكراه^(١).

هذا والمكره فى الشريعة يكون مسئولاً عن فعل من أكرهه إذا كان الإكراه الذى حصل منه قد توافرت^(٢) شروطه وكان بدون حق .

(١) تراجع المادة ١٢٧ من القانون المدنى المصرى الجديد .

وتراجع المادة ١١١٢ من القانون المدنى الفرنسى

(٢) ان شروط الاكراه عند الاصوليين هى :

(أ) أن يكون المكره متمكناً من ايقاع ما هدد به .

(ب) أن يقع الاكراه فى نفس المكره مع عجزه عن الهرب أو الاستغاثة أو المقاومة .

(ج) أن يتضمن الأمر اتلاف نفس المكره أو عضوه أو ماله أو الحاق ضرر بمن يهمه أمره .

(د) أن يمتنع المكره عن الفعل المكره به قبل الاكراه أما لحقه أو لحق غيره أو لحق الشرع .

(هـ) أن يكون المهدد به أشد خطراً مما حمل عليه .

(و) أن يترتب على فعل ما أكره عليه الخلاص مما هدد به خلافاً للحنابلة .

(ز) أن يقع فى نفس المكره أن المكره سينفذ ما توعد به ، وإنه عاجز عن الخلاص بالهرب أو الاستغاثة أو المقاومة .

(ح) ألا يفعل المكره ما يتخالف ما أكره عليه أو يزيد أو ينقص على المطلوب منه خلافاً للمالكية .

(ط) أن يكون المكره عليه شيئاً معيناً وواحداً لا أحد شيئين خلافاً للمالكية والحنفية .

وكان المكروه ذا قدرة على تنفيذه ، وخاف المكروه متأثراً به خوفاً
يتقضى رضاه .

هذا ، وجهور الفقهاء : مالك والشافعي وابن حنبل والا وزاعى وداود
الظاهرى وأتباعهم جميعاً وغيرهم قالوا :

« بأنه لا عبرة بالتصرفات القولية التى تجرى تحت تأثير الإكراه ،
وأن من أكره على شئ منها ولم ينو مختاراً له فإنه لا يلزمه .

ولا فرق فى ذلك عندهم بين أنواع التصرفات الفعلية والقولية ، سواء منها
ما كان قابلاً للفسخ قابلاً للشراء والإجارة والهبة وأشباهاها ، أو ما كان غير
قابل للفسخ كالنكاح والطلاق والعناق .

أما الحنفية فقد فرقوا فى التصرفات بين ما يقبل الفسخ وما لا يقبله ،
فإن ما يقبل الفسخ إذا جرى بتأثير الإكراه لم يصح كالبيع والشراء
والإيجار والهبة ، أما ما لا يقبل الفسخ كالزواج والطلاق والعناق فهذه
شدوا فيها عن الجمهور فقالوا بصحتها ، وإن جرت تحت تأثير الإكراه ،
والصحيح هو رأى الجمهور ، لأنه لا يقبل أن يكون الزواج أو الطلاق
بالإكراه صحيحاً ، لأن النية شرط فيهما ، ولا يخفى ما فى رأى الأحناف
من الخطر على كيان الأسرة .

والإكراه ذو علاقة بالتصرفات الفعلية ، والإكراه الملجئ بالذات
يعتبر عند الفقهاء نافياً للضمان على الفاعل وإن كان جماعة من الفقهاء ذهبوا
إلى أنه لا إكراه إلا فى الأقوال ، أما الأفعال فلا إكراه فيها سواء
ذلك فى :

١ - الفعل الذى تعاق به حق الغير كالإكراه على القتل والزنا
وإتلاف المال .

٢ - أو الفعل الذى تعلق به حق الله كالإكراه على شرب الخمر وأكل الميتة والسجود لغير الله .

٣ - أو الفعل الذى تعلق به حق المسكره فقط كالإكراه على شئ مباح علق المسكره عليه طلاق امرأته فقد نقل عن بن حبيب من المالكية تخنيث من فعل شيئاً مكرهاً وكان قد علق عليه يميناً لأن الإكراه لا يقع فى الأفعال .

فإن مسعود لم يذكر من المسكره عليه إلا القول فدل هذا عندهم على أنه لا يتحقق الإكراه إلا فى القول لأن التخصيص بالذكر يدل على نفي الحكم عما عداه (وإن كان يحتمل أن يكون ما ساقه ابن مسعود قد ساقه على سبيل التمثيل وهو يريد أن الفعل فى حكم القول) .

وذهب الظاهرية إلى صحة الإكراه فى الأفعال التى تحل^(١) بالاضطرار كأكل الميتة وشرب الخمر والسجود للصنم وما إلى ذلك .

أما الأفعال التى لا تحملها الضرورة كالقتل والزنا وإتلاف مال الغير وكل ما فيه تعد على الغير فى النفس أو العرض أو المال ، فهذه لا يتحقق الإكراه فيها . فالأفعال التى تضر بالغير لا يتحقق فيها الإكراه عند الظاهرية ، لأنه لا يجوز للإنسان أن يدفع أن الضرر عن نفسه بإضرار غيره . وهذا رأى يقول به جمهور المالكية . قال ابن رشد : الإكراه على الأفعال إن كان يتعلق بها حق لمخلوق كالقتل والنصب فلا خلاف فى أن الإكراه غير نافع فى ذلك ، وهذا المحقول من الاستدلال لا يقف على قدميه أمام

(١)راجع الإكراه بين الشريعة والقانون للاستاذ البردیسى من مجلة القانون والاقتصاد العدد الثانى (السنة الثلاثون) من ٣٧٧ .

قوله تعالى : « من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ... الخ » فالآية بإطلاقها صريحة في الترخيص للمكره أن يكفر بالقول والفعل إذا كان قلبه مطمئناً بالإيمان .

وعليه فرأى الجمهور هو الراجح ، لاسيما وأن الله تعالى أباح كثيراً من الأفعال المحرمة حال الضرورة . قال تعالى : « إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله ، فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه » .

فلو قال أحد لآخر اتلف مال فلان وإلا قتلتك أو أقطع أحد أعضائه ، وفعل ذلك يكون هذا الإكراه معتبراً ويلزم الضمان على المتلف فقط^(١) .
فالإكراه الملجئ عند الحنفية في إتلاف الأموال هو الإكراه التام النافي للضمان عن المأمور المكره ، ويكون الضمان على الأمر المكره وحده .

لأن المتلف هو المكره « بالكسر » من حيث المعنى وإنما المكره « بالفتح » بمنزلة الآلة على معنى أنه مسلوب الاختيار لإشراء أو ارتضاء وإن كان الإكراه ناقصاً فالضمان على المكره « بفتح الراء » ، لأن الإكراه الناقص لا يجعل المكره « بالفتح » آلة المكره « بالكسر » لأنه لا يسلب الاختيار أصلاً^(٢) .

(١) تراجع المادة ١٠٠٧ من مجلة الأحكام العدلية .
وفى هذه المسألة خلاف يرجع إليه في بحث الإكراه للاستاذ الشيخ محمد زكريا البرديسي بمجلة القانون (العدد الثاني السنة الثلاثون) .

يراجع البدائع ج ٧ ص ١٧٩

يراجع المسبوط ج ٢٤ ص ٥٦

تراجع الهداية ج ٣ ص ٢٢١ - ٢٢٤

ولو أكره شخص آخر على إحراق أثاث منزل الثالث، فإما أن يكون هذا الإكراه تاماً أو ناقصاً، فإن كان الإكراه ناقصاً فالحكم الآخروي عدم الترخيص للمكره بفعل ما أكره عليه لانتفاء الضرورة التي يسببها يستباح مال الغير وهذا عند الشافعية .

أما الحكم الديني فالضمان على المكره «بالفتح» عند الحنفية والظاهرية وبعض الشافعية وبعض الحنابلة والمالكية، لأن الإكراه الناقص لا يسلب الاختيار أصلاً فلم يكن المكره آتية للمكره فكان الإتلاف من المكره «بالفتح» موجباً للضمان عليه .

وأما إذا كان الإكراه تاماً فالحكم الآخروي الترخيص للمكره للضرورة عند الشافعية والحنفية والحنابلة في المعتمد عندهم وعند المالكية عدم الترخيص لتعلق حق الغير به ولقوله صلى الله عليه وسلم «لا ضرر ولا ضرار» . أما الحكم الديني أيضاً فللفقهاء في ضمان ما أحرق أقوال: -

القول الأول: يوجب الضمان على المكره والمكره، وهذا عند جمهور الشافعية لأن الإتلاف صدر من المكره حقيقة من غير واسطة ومن المكره بالتسبب، والمباشرة والتسبب في الفعل سواء فاستويا في إيجاب الضمان حيث لا فارق بين الصدور الحقيقي والسببي للفعل .

= يراجع الزيلعي على الكنز ج ٥ ص ١٨١ - ١٨٧

يراجع المجموع ج ٩ ص ١٥٩ .

يراجع الحرشي ج ٣ ص ١٧٥

تراجع القوانين الفقهية ص ٢٢٨

يراجع المغني ج ٥ ص ٢٧٣ و ج ٨ ص ٢٥٩

يراجع المحلى ج ٨ رقم ١٤٠٣ - ١٤٠٦

القول الثاني : يوجب الضمان على المكره ، وهذا القول عند الحنفية والحنابلة وبعض الشافعية ، لأن المكره مسلوب الإرادة وما هو إلا آلة للمكره ولا ضمان على الآلة اتفاقاً .

القول الثالث : يوجب الضمان على المكره « بالفتح » ، وهذا القول عند المالكية والظاهرية وبعض الشافعية وبعض الحنابلة ، لأن المكره على إتلاف المال للغير كالمضطر إلى أكل طعام الغير بجامع الإباحة في كل ، فكما يجب ضمان المضطر يجب ضمان المكره « بالفتح » .

ويقول أستاذنا البرديسي : « إن إتلاف مال الغير لا يباح الإقدام عليه خصوصاً عند المالكية والظاهرية الذين يستدلون بهذا القياس ، أما أكل طعام الغير عند الاضطرار فهو مباح ، لذلك كان هذا القياس قياساً مع الفارق .

وكما استدلوا بهذا القياس الذي ظهر فساد استدلالهم بأن المكره « بالفتح » هو المباشر للإتلاف والحامل متسبب فيه ويقدم المباشر على المنسبب في حالة الاختيار ، لأنه أقوى ، أما في حالة الإكراه فالأجدر بالتقديم المنسبب لأنه الأقوى . .

على أن دعوى التعدي هنا لا يسلم بها الخصم ، لأن الإقدام على إتلاف مال الغير مباح عند حالة الاضطرار ، فهو مع فرض صحته دليل غير ملازم . وما سبق يظهر لك رجحان الرأي القائل بوجوب الضمان على المكره لأنه هو الذي سلم دليله (١) .

(١) الاكراه للاستاذ البرديسي ص ٥٥ جاء فيه :
« موقف القانون من الاكراه على احراق أثاث المنزل : =

المبحث الثالث

مسئولية الأمر في فقه الشريعة:

الأمر هو من يأمر غيره على جهة الاستعلاء بأن يعمل عملاً في ملكه هو أو في ملك الغير ، بصيغة الأمر أو بغيرها ، والأمر في اصطلاح الفقهاء هو طلب فعل الشيء بحزم دون إكراه والمأمور به لا يخلو من أن يكون جائزاً فعله أو غير جائز^(١) .

فإذا كان الأمر المأمور به الغير عملاً في ملك الأمر ، فلا ضمان على المأمور ؛ لأنه مأذون له في العمل إذنا صريحاً ، والإذن يبيح التصرف في ملك الآخر .

= المكره على ولا حرقا كرها تاما أو ناقصا اذا استثنينا التهديد باتلاف المال معفى من العقوبة لأنه اكراه معنوى والاكره المعنوى لا عقوبة عليه بنص المادة ٦١ من قانون العقوبات وانما العقوبة على المكره كما ذهب الى ذلك شراح القانون لهذه المادة *

أما موقف القانون من ناحية المسؤولية المدنية فالمكره والمكره مسئولان عن تعويض الضرر الناشئ عن الاحراق لان كلاهما تسبب بخطئه في وقوع الضرر * اذ الخطأ يتحقق بكل عمل يأتي به الانسان وكان ينبغي عليه أن يتجنبه - وذلك طبقاً للمادة ١٦٣ مدني التي تنص على أن « كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض » والمادة ١٦٩ مدني تنص على أنه « اذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي الا اذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض » *

(١) يراجع كتاب أصول الفقه الأستاذ البرديسي ص ٤١٦

أما إذا كان العمل المأمور به في ملك الغير ، فلا عبرة بالأمر بالتصرف في ملك الآخرين ، إذ الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل شرعا .

لأنه « لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق »^(١) ، قال الفقهاء ما لم يكن الأمر سلطانا أو حاكما ظالما والمأمور يعلم ويخشى إن لم يفعل المأمور به قتله السلطان أو الحاكم ، فإنه يجوز له حينئذ فعل المأمور به ولا ضمان عليه ، لأنه منكروه ، وقد نصوا في ذلك على أنه :

« إذا أمر إنسان أن يأخذ مال الغير فالضمان على الآخذ لأن الأمر لم يصح وفي كل موضع لا يصح الأمر لا يجب الضمان على الأمر . . كما نصوا أن « ما حرم فعله حرم طلبه » .

وإذا كان المأمور به جائزا فعلة كطاعة ولي الأمر والوالدين والسيد كان فعل المأمور كفعل الأمر ، فقد نصوا على أنه « إذا أمر غيره بما يملك مباشرة جعل فعل المأمور كفعل الأمر » ، وذلك إذا نفذ بقصد الامتثال والطاعة ولم يتعد . فالمأمور هنا غير ضامن وواضح أن عدم تضمينه استثناء من قاعدة المباشر ضامن ولو لم يتعد لأنه معذور في طاعة ولي الأمر أو الوالدين وأصبح كالآلة في أيديهم ، فلهذا ينتفي وصف التعدى عنه وتكون المسؤولية على من أمره .

وجاء في القواعد الكلية (١) :

« إن الأمر لا يضمن بالأمر » .

(١) رواه أحمد في صنده من حديث عمران والحكم .

يراجع مجمع الانهر ج ٢ ص ٦٣٦

(٢) الاشباه والنظائر لابن نجيم ١١٣

وجاء في المجلة العدلية (١) :

« يضاف الفعل إلى الفاعل لا الأمر ما لم يكن مجبرا . »

فإذا أمر شخص مثلا آخر عاقلا بالغاً بأن يقتل إنسانا أو أن يتلف مالا للغير ، فالضمان على الفاعل ولا شيء على الأمر ما لم يكن الأمر مكرها للغير على الفعل المذكور .

فالمأمور مسئول حتى وإن كان من لحق به الضرر هو الأمر نفسه (٢) .

فنلا لو أمر شخص آخر بأن يضع حجرا في الطريق العام ثم عثر به الأمر وعطب فالضمان على واضع الحجر (٣) .

وكذا لو قال لآخر : اشرع جناحا من ذلك أو ابن دكانا على بابك فعطب به الأمر أو غلامه .

(١) مجلة الأحكام العدلية مادة ٨٩

(٢) « أ » أراجع رد المحتار ج ٥ ص ٢٠٨ و ٢٠٩ جاء فيه :

« الأمر لا ضمان عليه بالأمر الا في ستة » اذا كان الأمر سلطانا أو أبا أو سيذا أو المأمور صيبا أو عبدا أمره باتلاف مال غير سيده واذا أمره بحفر باب في حائط الغير غرم الحافر ورجع على الأمر » .

« ب » ويراجع الاشباه والنظائر للسيوطي ص ١٤٥ فقد جاء فيه :

« اذا أفتاه أهل الفتوى باتلاف ثم تبين خطؤه فالضمان على المفتي والموظف فيما يفعله بأمر من هو في واجب طاعة كالمستفتي والمفتي بملاحظة ضابط صحة الأمر وكلاهما مغرور أو معذور أو مأذون » .

(٣) أراجع مجمع الضمانات ١٨١ .

وكذا لو بنى المأمور للأمر بأمره ثم عطب به الأمر ، ضمن المأمور
والعلة في وقوع التبعة على المأمور دون الأمر هو أن الأمر إذا لم يكن
من نوع الإكراه لا يؤثر في اختيار الفاعل وإرادته والعمل الذي أمر به
وقع منه طائعا مختارا مباشرة وهو مكلف من قبل الشارع بعدم الإضرار
بالآخرين والشريعة لا تجيز للمأمور المكلف أن يطيع أحدا في محرم
أو مكروه ، لأنه « لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق » (١) .

والقاعدة الشرعية تقول :

بتقديم المباشر على المتسبب ، وتقديم المتسبب الأقرب على المتسبب
البعيد .

وهذا التعليل يستتبع مسئولية الأمر إذا كان مكرها للمأمور ، أو كان
أمره شبيها بالإكراه بحسب العادة كأمر السلطان أو أمر المسئول في
الدولة لعماله وأمر السيد لعبده والمؤجر لأجيريه .

تنفيذ الأمر الصادر من السلطان ، أو من في حكمه وغيره :

يذهب الحنفية إلى أن من نفذ أمرا صادرا إليه من الغير باتلاف
نفس الغير أو ماله غير مسئول عن أعماله المباشرة ويخالف بذلك القانون
المدنى المصرى الجديد فى المادة ١١٧ من حيث التعميم فهو يعمم هذه الحالة
فيجعلها تشمل كل من صدر له أمر من الغير ، بينما يخصها القانون بالموظفين
العموميين على أن يكون الأمر صادرا من رئيس واجبة طاعته .

ويفرق المذهب بين أمرين :

الأمر الاول : إذا كان الأمر صادرا من سلطان أو من يمثله فان مجرد

(١) رواه أحمد فى مسنده من حديث عمران والحكم بن عمرو والبخارى

الأمر يعنى من المسؤولية إذا ما قام بالتنفيذ ويجب الضمان على الأمر فقط .
الأمر الثانى : إذا كان الأمر صادراً من غير سلطان فإنه لا يعنى من
المسؤولية بشرط أن يكون الأمر صحيحاً مشروعاً وصدر من عاقل بالغ
بالفعل وبشرط أن يعتقد المأمور مشروعية المأمور به وفى هذه الحالة
يعنى المأمور من المسؤولية .

وإذا كان المأمور صبيهاً غير مميز، أو كان مجنوناً فإنه يعنى من المسؤولية
مطلقاً ويكون الضمان على غيره . جاء فى مجمع الضمانات ما نصه : « رجل
قال لصى محجور أصعد هذه الشجرة وانفض لى ثمارها، فصعد الصبي وسقط
وهلك كان على عاقلة الأمر دية الصبي ، وكذا لو أمره بحمل شىء ، أو كسر
حطب يضمن » (١) .

ويذهب الشافعية بأن من أمر (وكان عاقلاً بالغاً) بإحداث فعل ضار
بالغير نفساً أو مالا فالضمان على الأمر سلطاناً كان أو غير سلطان إلا
إذا تجاوز المأمور ما أمر به وكان الأمر صحيحاً شرعاً ، فإن كان المأمور
به غير مشروع فالضمان على المأمور .

ولا يفرق المذهب بين الموظف العام وغيره فى الإغناء من المسؤولية
المدنية ، بل إن الحكم عنده عام (٢) .

والمذهب المالكي بوجه عام يرى أن من يعتبر أمره إكراهاً فإن
الضمان يكون عليه وحده والمأمور يعاقب زجراً لأنه وإن كان مضطراً
إلى الفعل ، إلا أن هذا الاضطرار لا يبيح له المحرم .

(١) يراجع مجمع الضمانات ص ١٥٦

(٢) الام ج ٦ ص ٧٦ - ٧٧

حاشية البجيرمى على شرح المنهج ج ٤ ص ٤٤٢

وقال ابن جزى : « إذا كان الأمر فاسدا فإن الضمان إنما يكون على المأمور فقط » . (١)

والمعتمد في المذهب المالكي أنه يرى الضمان على المكره والمكره (٢) والمذهب الحنبلي يشترط في إعفاء المأمور من المسؤولية أن يكون الأمر صحيحا ولا فرق لديه بين أن يكون الأمر له سلطان أو ليس له سلطان ، ويكون الأمر صحيحا عندهم إذا صدر الأمر من عاقل بالغ ، وكان المأمور يعتقد أن المأمور به مشروع كأمر السيد لعبده (٣) .

تنفيذ الأمر الصادر من الرئيس في القانون :

وأما في القانون فإن المأمور هو الشخص الذي ينفذ أمرا صدر إليه من رئيس طاعته واجبة فعلا أو يعتقد المأمور وجوبها . وعلى هذا التعريف فإن القانون يرى إطاعة أمر الرئيس رخصة للوظف تجعل تصرفه — وإن كان تعديا — أمرا مشروعاً لا يوجب على المأمور مسؤولية إذا توفرت الشروط الآتية :

الشرط الأول : أن يكون قد صدر (من المأمور) تصرفه وهو موظف عام .

الشرط الثاني : أن يكون قد صدر إليه أمر من رئيس يجب طاعته ولو كان الأمر غير مباشر فنفعه .

(١) القوانين الفقهية لابن جزىء المالكي ص ٣٣٠

(٢) يراجع ابن رشد في البداية ج ٢ ص ٣٨٨

(٣) يراجع المغنى ج ٩ ص ٤٧٨ و ج ١ ص ٤٧٩

الشرط الثالث : ان يثبت أن الموظف كان يعتقد مشروعية الامر وأنه راعى جانب الاحتياط فى تنفيذه . (١)

المبحث الرابع

مستولية الدولة عن عمالها

المطلب الأول :

ضمان الدولة عن عمالها فى فقه الشريعة :

الدولة تكون مسئولة فى بيت مالها عن الأضرار التى تلحق الغير من عمالها بسبب تأدية وظائفهم ، إذا كان ما فعلوه أو امتنعوا عن فعله بأمر أو إكراه من الرئيس المسئول فى الدولة قياسا على أمر السلطان ، والسلطان كل من كانت له السلطة أو الولاية على الرعية .

أو كان ذلك الفعل أو الامتناع عنه بأمر من يخافه المأمور ويخشى منه إن لم ينفذ أمره ، وذلك لأن أمره بمنزلة الإكراه فينطبق عليه حكم الإكراه بالتام . ومن الأمثلة على ذلك :

أن يقتل الجلاد رجلا بأمر الإمام ظلما وهو جاهل بأنه ظلم ، فالضمان على الإمام لا على الجلاد . (٢)

هكذا عند الشافعى يكون الضمان على المسكره الأمر وحده .

(١) يراجع الوسيط ج ١ ص ٧٨٢ للسنهورى .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٠٩ .

أما في المذهب المالكي فبعضهم يرى وجوب الضمان على المكره وحده إلا إذا كان عديماً فالضمان حينئذ يكون على الأمر المكره .
ولسكن الرى المختار عند المالكية يقول بتضمن المكره والمكره معا .

والمذهب الظاهرى البائد يجعل الضمان على المأمور المكره وحده لأن الإكراه في هذا المذهب لا يبيح افساد المال^(١) .

أما الإكراه في الجنايات على النفس إذا كان القاتل مكرهاً على القتل أى مأموراً بمن يلزمه طاعته كالسلطان أو بمن يخافه فالقصاص على المكره والمكره أو الأمر والمأمور معا عند مالك وأحمد بن حنبل وعند الشافعى فى إحدى الروايتين عنه ، وعند أبى حنيفة على الأمر وحده ، وكذا عند صاحبه محمد بن الحسن والشافعى فى الرواية الثانية عنه ، وأما عند زفر من أئمة الحنفية فعلى المأمور دون الأمر وكذا فى المذهب الظاهرى ، أما أبو يوسف فقد قال بأنه لا قصاص على واحد منهما^(٢) .

(١) الوجيز ج ٢ ص ١٢٤ .

وبداية المجتهد ج ٢ ص ٢٦٢ .

والخرشى ج ٤ ص ٣٤٨ .

والخطاب ج ٥ ص ٢٧٨ .

والمحلى ج ٨ رقم ١٤٥٣ .

(٢) المغنى ج ٩ ص ٣٢٠ - ٣٣١ .

المحلى ج ٨ رقم ١٤٥٣ .

الوجيز ج ٢ ص ١٢٤ .

مجمع الضمانات ص ٢٠٤ .

الهداية ج ٣ ص ٢٢٤ .

البدائع ج ٧ ص ١٧٩ .

أما إذا لم يكن إكراه أو أمر فقد يكون صاحب السلطة مسئولاً مثال ذلك ما روى عن أبي بكر وعمر بن عبد العزيز : أنهما كانا يعوضان من بيت المال الضرر الناتج عن أعمال الموظفين .

روى أبو يوسف أن رجلاً أتى الخليفة عمر بن عبد العزيز وقال له : « يا أمير المؤمنين زرعت زرعاً فرب به جيش من أهل الشام فأفسدوه . » فعوضه عمر بن عبد العزيز عشرة آلاف درهم^(١) .

وقد يكون صاحب السلطة غير مسئول، فقد روى أن عمر بن الخطاب كان يقتص من عماله ويقول كلاماً معناه :

« لئن لم آمرهم بالتعدي ، فهم أثناء عملهم يعملون لأنفسهم لا لي . » وعلى هذا القول ما يفعله العامل أثناء عمله ويسبب أضراراً بالآخرين يعتبر جنائية منه يؤاخذ عليها شخصياً^(٢) ولا تمنع مؤاخذته التأديبية أن يعوض المضرور من بيت مال المسلمين كما كان يفعل أبو بكر ما دام الضرر ناتجاً عن عمل الموظف أثناء تأدية وظيفته .

= الفروق للقرافي ج ٢ ص ٢٠٨

(١) كتاب الخراج لأبي يوسف ص: ٦٨

وقد جاء في كتاب المسؤولية المدنية للشيخ شلتوت ص ٣١ ما يأتي : « ويظهر فيما لو أخطأ الحاكم فزاد في تنفيذ العقوبة بما أوجب التلف ويظهر في سائر التصرفات التي يراها الحاكم في المصلحة العامة ويترتب عليها تلف مالي خاصة الناس ، فإن الضمان في كل هذا يتحملة بيت المال » .

(٢) تراجع رسالة بأى شرع نحكم لسنة ١٩٣٦ ص ٩ وص ٣٦

المطلب الثاني

مسئولية الدولة عن موظفيها في القانون :

إذا قام الشخص بتنفيذ أمر رئيسه أو أمر القانون أو غير ذلك من الواجبات القانونية ، فأضر بغيره فإنه لا يكون مسئولاً ، سواء كان الشخص موظفاً عاماً أو فرداً عادياً^(١) ، مادام عمله أثناء أداء واجبه من غير تقصير أو إهمال .

جاء في التقنين المدني المصري في المادة ١٦٧ : « لا يكون الموظف العام مسئولاً عن عمله الذي أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيس ، متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة أو كان يعتقد أنها واجبة عليه وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذي وقع منه وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة وأنه راعى في عمله جانب الحيطة » .

١ - يقرب من هذا المعنى ما جاء في كتاب اصول القانون السوفيتي ص

٢٢١ ونصه :

See Fundamental of Soviet Law by P. S. Romashkin.

Page No 221.

“Juridical Persons are liable for injury caused by their agencies (Director, Chairmar of the board etc.) (members Co. operation or mass organisations), and workers.

The juridical person is deemed liable when :—

- 1) The said persons : are guilty and
- 2) when the injury is caused by their acts in line of duty”.

وقد نصت على ذلك المادة ١٦٨ من القانون السوري والمادة ١٧٠ من القانون الليبي .

وقد نصت المادة ٢١٥ من القانون العراقي على أن يضاف الفعل إلى الفاعل لا الأمر ما لم يكن المأمور مجبراً على أن الإيجاب المعتبر في التصرفات الفعلية هو الإكراه الملجئ وحده .

ومع ذلك لا يكون الموظف العام مسئولاً عن عمله الذي أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيسه متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه أو يعتقد أنها واجبة ، وعلى من أحدث الضرر أن يثبت أنه كان يعتقد أنها واجبة ، وعلى من أحدث الضرر أيضاً أن يثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذي أتاه بأن يقيم الدليل على أنه راعى في ذلك جانب الحيطة ، وأن اعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة .

والظاهر من هذه النصوص أنها تناولت حالة الموظف العام الذي يقوم بفعل ضار بالغير تنفيذاً لأمر رئيسه ، سواء أكان هذا الأمر واجب الطاعة أم اعتقد الموظف أنه واجب الطاعة خلافاً للواقع ولم يكن مخطئاً في تكوين هذا الاعتقاد .

أما الحالة الأولى فأمرها ظاهر ، أما الحالة الثانية فالأصل فيها اعتبار الموظف مخطئاً ومسئولاً عما سببه للغير من ضرر ما لم يثبت أن الموظف العادي كان في مثل ظروفه يعتقد أن أمر الرئيس واجب الطاعة ، وعلى ذلك لا يكون مخطئاً مادام يمكنه أن يدفع المسئولية عن نفسه بإثباته حسن نيته .

والرئيس الذى^(١) يأمر مرءوسه بأمر لا تجب طاعته قانونا يصير معه المرءوس مسئولاً عما ينشأ عند تنفيذه لذلك الأمر من إضرار بالغير.

المبحث الخامس

مسئولية المؤجر عن الأجير

المطلب الأول

مسئولية المؤجر عن الأجير الخاص ، فى فقه الشريعة الاسلامية .

الأجير إما أن يكون أجيراً خاصاً أو أجيراً عاماً ، فالأجير الخاص « وتهمنا دراسته »

هو : الذى يعمل لشخص عملاً مؤقتاً بالتخصيص ويستحق الأجر بتسليم نفسه فى المدة وإن لم يعمل ، كالحادى فى المنزل والعامل فى المصنع والموظف وسائق السيارة لمالئكم... الخ .

١ - جاء فى كتاب أندرهل فى قانون المسئولية المدنية - طبعة تاسعة - ص ٦٢ المادة ٣٩ (قانون انجليزى) قريباً من هذا المعنى ، مانصه كالآتى :

Underhills Law of Torts

Art 29.

“The head of Government department and supirior officers are not liable for the torts of their subordinates committed in carrynig out the business of the Crown unless they have themselves ordered or directed the commission of the tort”.

وترجمته باختصار كالآتى : -

« رؤساء مصالح الحكومة وكبار الضباط ليسوا مسئولين عن خطأ مرءوسيههم أثناء أداء أعمال الدولة مالم يصدرُوا إليهم أوامر أو يوجهوهم الى العمل إلضار . »

والأجير الخاص إما أن يكون عاملا في مال من استأجره بمقتضى عقد إجارته ، وإما أن يكون عاملا في مال غيره بمقتضى عقد إجارته ، فإذا كان عاملا في مال من استأجره بمقتضى عقد إجارته خرجت المسألة عن موضوعنا ، لأن الضمان إذا وجد فهو على الأجير الخاص بناء على تعديه والا فلا ضمان عليه ولا مسئولية والهلاك في مال المالك لانعدام المسئولية ، أما إذا كان عاملا في مال غيره فلا صلة بينه وبين مستأجره إلا إذا كان عمله بمقتضى عقد إجارة وهو في عمله هذا له صفة الوكالة عن مستأجره ، أو عن صاحب المال بناء على أنه وكيل الوكيل وإن كان أجيروا في الواقع .

فهل يسأل مستأجره عن عمله أمام صاحب المال أم يسأل هو أمام صاحب المال ؟

الظاهر ان مستأجره ومساءلته ترجع إلى وصفه ومكانته من صاحب المال هل هو أجير خاص ، أو أجير مشترك أو وديع أو مستعير ، أو غاصب أو غير ذلك .

وهذه المسئولية ليست مؤسسة على ما نحن فيه ، وإنما مؤسسة على مركز من في يده المال ، هل قصر وتعدى أم لا ؟

وأما مسئولية الأجير أمام مستأجره فترجع إلى أنه أجير خاص أو مشترك ، وعلى ذلك فان مسئولية المتبوع عن التابع إنما تكون حيث يكون التعدي بسبب تأديته لوظيفته .

هذا ، ومن أهم أحكام الأجير الخاص أنه يستحق الأجر بمعنى المدة المحددة وإن لم يعمل خلالها شيئا ، لأن الأجر في مقابل تسليم نفسه وتوفره

للعمل لصالح مستأجره ولا يضمن ما هلك في يده بلا صنعة منه . (١)
إلا أنه يضمن إذا أضر أو أتلف مال الغير بأمر مؤجره وله حق
الرجوع على المؤجر إذا لم يكن يعلم أن ماعمله محرم فعله (٢) .
كان أمره المؤجر مثلاً أن يحفر بئراً في أرض الغير ، أو يفتح باباً في
حائط الغير ، أو يذبح شاة للغير ، وهو يظن أن ماعمله في ملك المؤجر .
أما إذا أمره مؤجره بحفر بئر في الطريق العام فخرها وهو يعلم ثم
وقع فيها إنسان فمات فالضمان على الأجير وليس له الرجوع على الأمر .
ولكن لو كان في فناء المؤجر نفسه فالضمان على المؤجر لأن له ولاية
الانتفاع بفنائه (٣) .

وكذلك إذا رشح الأجير ماءً في فناء وكان يذن المؤجر وبأسره ، فالضمان
على الأمر لأنه المستفيع بعمل الأجير ، والقاعدة في ذلك قولهم
« الغرم بالغنم » .

وهكذا الأجير الذي يعمل بأمر من المؤجر ما يجمل حرمة أولاً
يظهر له وجه حرمة ، وذلك كأن يستأجر أحد أجيراً ويأمره أن يحفر
بئراً في الطريق العامة بغير إذن من السلطان فيقع فيها إنسان ويموت .

(١) يراجع الكنز ج ٥ ص ١٣٨ جاء في المتن « ولا يضمن ما تلف في
يده أو بعمله » يعني الأجير الخاص لأنه أمين ويفعل الشيء بأذن من
صاحبه .

(٢) جامع الفضولين ج ٢ ص ١٠٨

المنقى ج ٩ ص ٥٧٠

(٣) البدائع ج ٧ ص ٢٧٧

مجمع الضمانات ص ١٧٨

فالقياس يوجب الضمان على الأجير، ولكن أبو يوسف من أئمة الحنفية قال بإيجاب الضمان على عاقلة المؤجر لعدم معرفة الأجير استحقاقاً^(١) ويعتبر الأجير في كل الصنائع مضافاً عمله لأستاذه، فكل ما يتلفه الأجير بأمر الأستاذ وفي حدود عمله يضمنه الأستاذ، لأن الأجير يصير نائباً عنه وما فعله يعتبر كأن الأستاذ فعله بنفسه ما لم يعتمد الأجير الإفساد والإضرار فإنه يضمن هو لا أستاذه^(٢).

فالشرع الإسلامي وإن أثبت التبعة الفردية مبدئياً على الفاعل للضرر إلا أنه أقر لهذه التبعة مستثنيات يكون فيها الشخص مسئولاً عن عمل غيره كالمستثنيات التي مرت علينا في حالة الإكراه والأمر الصادر من صاحب السلطان وشبه الإكراه في جناية الصبي والأجير الذي يعمل مالا يعلم بتحريمه وفائدة عمله ينتفع بها المؤجر وحده.

المطلب الثاني :

مسئولية المؤجر عن الأجير المأمور في القانون :

يسأل في القانون المؤجر أو المخدم عن أخطاء من يخدمه، إذا ثبت أن المخدم أساء اختياره أو أخطأ فيما أصدره إليه من أوامر أو تصرف في رقابته.

ولكن لما كان لإثبات إساءة اختيار الخادم أو التقصير في رقابته

(١) مجمع الضمانات ص ١٧٨

(٢) الدر المختار ج ٢ ص ٥١٣

عسير على المضرور خفف القانون عنه عبء هذا الإثبات بتقرير مسؤولية
المخدوم عن أخطاء خادمه بمجرد وقوع الخطأ أثناء تأدية عمله .

نص القانون المدني المصري القديم في المادة ١٥٢ و ٢١٤ بما يأتي : —
« يلزم السيد أيضاً بتعويض الضرر الناشئ للغير عن أفعال خدمته
متى كان واقعاً منهم في حالة تأدية وظائفهم » .

ونص القانون المدني المصري الجديد في المادة ١٧٤ في الفقرة الأولى
ما يأتي :

« يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير
المشروع متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها » .
ومثل هذا النص نص التقنين السوري في المادة ١٧٥ وأيضاً الليبي
في المادة ١٧٧ .

ونص قانون الموجبات اللباني في المادة ١٢٧ ما يأتي : —

« السيد والولى مسئولان عن ضرر الأعمال غير المباحة التي يأتيها
الخادم أو المولى في أثناء العمل أو بسبب العمل الذي استخدماه فيه وإن
كانا غير حرين في اختيارهما بشرط أن تكون لهما سلطة فعلية عليهما في
المراقبة والإدارة ، وتلك التبعة تلحق الأشخاص الحقيقيين » .

أما التقنين التونسي فلم ينص على هذه المسؤولية بل تركها إلى القواعد
العامة وإلى ضرورة إثبات خطأ يقع من المخدوم في رقابة تابعه .

أما القانون المدني العراقي فقد اتخذ له موقفاً وسطاً عندما نص على
مسؤولية الحكومة والبلديات والمؤسسات الأخرى التي تقوم بخدمة عامة
ومسؤولية كل شخص يستغل إحدى المؤسسات الصناعية أو التجارية .

عن الضرر الذى يحدثه مستخدموهم إذا كان الضرر ناشئاً عن تعدد وقع منهم أثناء قيامهم بخدماتهم (١) .

ومن هنا نرى أن القانون المدنى العراقى لا هو عمم مسئولية المتبوع المقررة ابتداء عن فعل تابعه بحيث تنطبق على كل متبوع عن خطأ تابعه بمجرد توافر علاقة التبعية بينهما كما فعل كل من التقنين المصرى والسورى واللىبى واللبنانى ، ولا هو قصرها على الدولة والبلديات كما فعل التونسى ، وإنما أخذ يحصرها بحيث شمل كل شخص يستغل إحدى المؤسسات الصناعية والتجارية .

المبحث السادس

مسئولية السيد عن الرقيق فى فقه الشريعة الإسلامية

إذا ارتكب الرقيق جرماً يوجب الضمان، فإن الضمان فى الشريعة الإسلامية يكون فى مال المرتكب إذا كان له مال ، أما إذا لم يكن له مال فإن السيد يخير بين أن يسلم الرقيق الجانى للهجنى عليه ، وبين أن يفديه بدفع الضمان عنه ، وذلك عند أبى حنيفة ومالك وابن حنبل (٢) .

(١) تراجع المادة ٢١٩ فقرة أولى من القانون المدنى العراقى •

(٢) المبسوط ج ٢٧ ص ٢٦

والزيلعى على الكنز ج ٦ ص ١٥٣

والضمانات ص ١٩٤

والقوانين الفقهية ص ٣٠٢

والمغنى ج ٦ ص ٥١١

(الرق عند المالكة عبارة عن عجز حكمى سببه الكفر •

ولم يعد للرق فى عصرنا هذا وجود يذكر) •

خلافاً للشافعي الذي يقول : بأن الضمان يكون ديناً في رقبة الرقيق
يباح بسببه لأجل إيفاء ما يجب وذلك إلا أن يفتكه المولى ويقضى الدين
عنه .

ويدولى أن الشافعية لا تخالف الحنفية والمالكية والحنابلة فيما يرون
لأن النتيجة الحتمية لرأى الشافعية أن المالك له أن يفتك العبد بدفع
ما عليه من جناية وله أن يدفع العبد بالجناية وهذا هو عين ما تقوله
المذاهب السابقة ، ولا أكاد أجد فرقاً واضحاً إلا في أن الأصل عند
المذاهب الثلاثة فيما نحن بصدد التخيير . أما عند الشافعية فالأصل
مديونية العبد بجنانيته .

وخلافاً للظاهرية فانهم يرون الضمان على العبد يبق ديناً في ذمته حتى
يوسر ولو بعد أن يعتق وليس على سيده فداؤه ولا يبعه أبداً (١) .

أما إذا أمر السيد عبده بفعل شيء أضر بالغير فإن جمهور الفقهاء
يحملون الضمان على السيد ، وذلك لأن اتباعه لأمر السيد أشبه
بالأكراه المعنوي ، مثل الصبي بالنسبة لأمر والده أو معلمه ، ولأن
الغرم بالغنم (٢) .

فأمر السيد يستتبع نفعاً يحميه من عمل رقيقه أو تابعه ، ومثل ذلك
إذا كان الأمر أحداً غير السيد فإنه يضمن .

(١) المحلى لابن حزم ج ٨ رقم ١٢٦٨

(٢) الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ١١٣

رد المحتار ج ٥ ص ١٨

المفتى ج ٩ ص ٥١٢

المحلى ج ١١ رقم ٢١١٤

ومن الأدلة التي يمكن أن تكون سنداً قوياً لهذا الرأي ما يروى من أن
غلبة الحاطب بن أبي بلتعة سرقوا ناقة لرجل من مزينة فشكاهم الرجل
إلى عمر بن الخطاب ، فأمر عمر رضى الله عنه بتغريم حاطب ضعف
قيمة الناقة .

ولقد علق الإمام مالك في الموطأ على هذا بقوله :
« ليس على هذا العمل عندنا في تضعيف القيمة ، ولكن مضى أمر الناس
عندنا على أنه يغرم الرجل قيمة البعير أو الدابة يوم أخذها » .^(١)

* * *

الباب الثالث

المسئولية عن فعل الحيوان

الفصل الأول

المسئولية عن فعل الحيوان في فقه الشريعة الاسلامية بوجه عام

أخذ جمهور الفقهاء في المسئولية عن فعل الحيوان بقوله صلى الله عليه وسلم : « العجاء جبار » ، وفي رواية « جرحها جبار ^(١) » ، وانتزعوا من هذا الحديث الشريف أصلاً وقاعدة كلية هي : « جناية العجاء جبار » .

والظاهر من هذا الحديث وهذه القاعدة أن الأصل في الشريعة الإسلامية عدم الضمان في جناية الحيوان ، إلا أن الحقيقة غير ذلك ، لأن الحديث المتقدم تخصصه أحاديث أخرى منها قوله صلى الله عليه وسلم : « من وقف دابة في سبيل من سبل المسلمين أو في سوق من أسواقهم

(١) يراجع صحيح مسلم ج ١١ ص ٢٢٥ ، والبخاري وشرحه لبدر الدين بن العيني ج ٩ ص ١٠١ واختلاف الحديث للشافعي بهامش الام ج ٧ ص ٤٠٠ ونيل الاوطار للشوكاني ج ٤ ص ١٢٥ وسنن ابى داود ج ٤ رقم ٤٥٩٣

فأوطئت بيد أو رجل فهو ضامن^(١) .
وقوله صلى الله عليه وسلم فيما روى عنه ، أنه قضى على أهل الأموال
حفظها بالنهار وعلى أهل المواشي حفظها بالليل ، وإن ما أفسدت المواشي
بالليل ضامن (أى مضمون) على أهلها^(٢) .

وقوله صلى الله عليه وسلم : « إن على أهل الحوائط حفظها بالنهار
وإن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها^(٣) » ، وذلك عند ما وصلت
ناقة البراء بن عازب حائطا وأفسدت فيه .

والمعقول يرى أن جناية الحيوان وإن كانت مباشرة بالقياس إلى
الحيوان الذى لا يدرك ولا يكون مستولا إلا أنها بالقياس إلى مالك
الحيوان أو حارسه تكون تسبياً فى أغلب الأحيان ، ومباشرة فى
بعض^(٤) الأحيان ، كما فى جناية الدابة المركوبة غير الجموح ، فإن الراكب
يضمن لأن التلف حصل بثقل الراكب وثقل الدابة إلا أن الدابة آلة له
فكان الأثر الحاصل بفعله مضافاً إليه ، وكان هو من ثم متلفاً مباشرة^(٥) .
قال الإمام الشافعى : « إذا حمل الدابة قائدها أو سائقها على أن تطفأ شيئاً

(١) الحديث أخرجه الدارقطنى والبيهقى وجاء فى نيل الأوطار ج ٥

ص ٢٧٥

(٢) رواه أحمد وأبو داود ومالك والشافعى والنسائى أنظر سنن

ابى داود ج ٣ رقم ٣٥٦٩ ، ٣٥٧٠ ونيل الأوطار ج ٥ ص ٢٧٥

(٣) رواه أبو داود وأحمد وابن ماجه .

(٤) فى مجلة الأحكام العدلية مادة ٩٣٦ جاء النص التالى : « لو داست

دابة مركوبة لاحد على شئ بيدها أو رجلها فى ملكه أو فى ملك الغير واتلفته
يعد الراكب قد أتلّف ذلك الشئ مباشرة فيضمنه على كل حال » .

(٥) راجع البدائع ج ٧ ص ٢٨١ .

وتتلفه فإنه يضمن ، لأن وطأها من فعله وتكون الدابة حينئذ أداة من أدواته جنى بها^(١) .

هذا ، والضمان^(٢) من فعل الحيوان في الشريعة الإسلامية لا يكون إلا من فعل ضار حصل مباشرة أو تسبباً من مالكها أو حارسها أو راعيها أو سائقها أو قائدها أو أى شخص آخر كان له السيطرة عليها ، ولذلك فإن فعل الحيوان المضر كفعل الإنسان نفسه لا يكون سبباً في الضمان إلا بشرط وجود التعدى ووجود الخطأ اللازم في جميع أحوال الاضرار تسبباً .

ودليلنا من أقوال الفقهاء على أن حديث «العجماء جرحها جبار» مخصص أو مقيد بالأحاديث التى سبق ذكرها ، وما قاله الإمام الشافعى في كتابه اختلاف الحديث بهامش الأم جاء فيه « على أن ما أصابت العجماء من جرح وغيره في حال جبار وفي حال غير جبار^(٣) » .

وما ذهب إليه جمهور الفقهاء : قال الطحاوى من المحققين في المذهب الحنفى : « لا يضمن صاحبها » أى الماشية « إذا أرسلها محفوظة » أى معها حافظ وإلا كان عليه الضمان » :

واللغوى ذهب إلى أن على أصحابها الضمان بإطلاق إلا أنه قال لا يضمن أصحابها أكثر من قيمتها وعمدته في ذلك شهادة الأصول بأن على المعتدى الضمان ومن يرسل مواشيه ودوابه يكون معتدياً .

(١) تراجع الأم ج ٧ ص ١٣٨

(٢) جاء فى مجلة الأحكام العدلية مادة ٩٢٩ ما يأتى : « الضرر الذى أحدثه الحيوان بنفسه لا يضمنه صاحبه ... إلا اذا رآه وسكت أو كان مفرطاً فى حفظه » بلا خطر » .

(٣) اختلاف الحديث بهامش الام ج ٧ ص ٤٠٢ .

وذهب مالك والشافعي بأن على أصحابها الضمان فيما أفسدته ليلاً ولا ضمان عليهم فيما أفسدته نهاراً وبنوا مذهبهم في هذا على أن النفس عند أهل الفقه لا يكون إلا بالليل ، وقد قال تعالى : «وداود وسليمان إذ يحكمان في الحرث إذ نفشت فيه غنم القوم ، وهذا الاحتجاج على مذهب من يرى أنا مخاطبون بشرع من قبلنا وعمدتهم في ذلك أيضاً ما روى عن علي بن شهاب أن ناقة للبراء بن عازب وطئت حائط قوم فأفسدت فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم «إن على أهل الحوائط بالنهار حفظها وإن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها ، أى مضمون .

وقد روى عن عمر رضى الله عنه أن الضمان واجب على أصحابها في غير المنفلة منها ولا ضمان عليهم في المنفلة ووجهه في ذلك أن أصحابها لا يملكون حفظ المنفلة لذلك لا ضمان عليهم بخلاف غير المنفلة فإن أصحابها يملكون حفظها .

هذا والملاحظ أن سبب اختلافهم في هذا الباب هو معارضة الأصل للسمع ومعارضة بعض السماع لبعض ، أعنى أن الأصل المعقول هو الضمان إلا أن الحديث « جرح العجاء جبار » يعارضه ، وهذا الحديث يعارضه حديث البراء بن عازب المتقدم ذكره بالتفرقة التي جاء بها فيه بين ما أفسدت البهائم بالليل وما أفسدت بالنهار .

هذا وجاء في العناية على الهداية (من كتب الاحناف) أنه إذا لم يكن صاحب الدابة معها وهى ملسكه لم يضمن صاحبها فعلها واقفة كانت الدابة أو سائرة وطئت بيدها أو برجلها أو نفخت أو كدمت وإن كان معها سائق لها لم يضمن في الوجوه كلها اتلفت مالا أو نفساً لأن صاحبها في هذه الوجوه متسبب لاتصال فعله بالتلف بواسطة فعل مختار ، هو الدابة والمتسبب إنما يضمن إذا كان متعدياً ولا تعدى في إيقاف الدابة

أو تسييرها في ملكه وإن كان قائدا لها وهو يسير ضمن ما وطئت يدها أو رجلها لا ما كدمت أو نفحت يدها ، وإن كانت الجناية في غير ملك صاحبها فإن أدخلها فيه فعليه ضمان فعلها على أية حال لتعديه بإدخالها بغير إذن ، وإن لم يدخلها فلا ضمان عليه لأنه ليس بمسبب ولا بمباشر ، وإن كانت الجناية في الطريق العام وقد أوقفها صاحبها فعليه الضمان وإن كانت سائرة ولم يكن صاحبها معها وسارت بإرساله ضمن ما أتلفت ما لم تتحول من جهة إرساله وإن انفلفت فلا ضمان عليه ، وإن كان صاحبها معها ضمن ما أتلفت إلا النفحة بالرجل أو الذنب .

والنتيجة من كل هذا أنهم يقولون بالضمان في أحوال عديدة (١) ،

(١) جاء في مجمع الضمانات في الصفحة ١٨٥ ، ١٨٧ ما يأتي :

« الراكب ضامن عما وطئت الدابة ولما أصابت يدها أو رجلها أو رأسها أو كدمت أو خبطت وكذا إذا صدمت ولا يضمن ما نفحته برجلها أو ذنبها وإن أوقفها في الطريق ضمن النفحة أيضا لأنه متعد بالإيقاف وإن أصابت يدها أو رجلها حصاة أو نواة أو أثارت غبارا أو حجرا صغيرا ففقات عين إنسان أو أفسدت ثوبه لم يضمن وإن كان حجرا كبيرا ضمن وقيل لو غنفت في الدابة ضمن ذلك كله ذكره في الوجيز والمرتد في ذكرنا كالراكب فإن راثت أو بالت في الطريق وهي تسير فعطب به إنسان لم يضمن . . »

والقائد ضامن ما نفحت يدها أو رجلها هكذا ذكره القدوري . .
ومن ساق دابة فوق السرج على رجل فقتله ضمن . . . ومن قاد قطارا فهو ضامن لما أوطأ . . . »

ومن سار على دابته في الطريق فضر بها رجل أو نخسها فقتلت رجلا أو ضربته يدها أو نفرت فصدمته فقتلته كان الضمان على الناخس دون الراكب . . . »

وجاء في ص ١٤٠ منه « لو أن رجلا أدخل غنما أو ثورا أو حمارا =

وإن رأى المالكية والشافعية المذكور أيضاً ليس على ظاهره ، قال المالكية البهائم التي يضمن صاحبها ما أتلفته ليلاً ، وإن زاد على قيمتها لانهاراً يعنون بها البهائم أو الحيوانات التي يمكن حراستها ؛ ولم تكن معروفة بالعداء والشر ، أليفة كانت أو غير أليفة وما أتلفته زرعاً أو حائطاً أو كروماً ، ولا ضمان على أصحابها نهراً ليس على إطلاقه وإنما يتوقف على توافر شرطين :

الشرط الأول : أن تكون بلا راع أو حارس :

الشرط الثانى : أن تسرح بعيداً عن المزارع أى فى مكان يغلب على الظن أنها لا ترجع إليها .

فاذا تخلف أحد هذين الشرطين أو كلاهما يضمن أصحابها ، كأن يكون مع راع يقدر على دفعها أو سرحت قرب المزارع وليس مع راع . أما الحيوانات التي لا يمكن حراستها كالحمم والنحل ونحوهما . ويجوز لأصحابها اتخاذها وتربيتها فلا شىء على أصحابها وعلى أصحاب المزارع حفظ زرعهم .

وأما البهائم التي يمكن لأصحابها حراستها ولكنها معروفة بالعداء على الزرع فإن أصحابها يضمنون مطلقاً طو لب أصحابها بأمسائها أو لم يطالبوا سواء كان إتلافها ليلاً أو نهراً وتقدم الضمان بأن يكون عداؤها على الزرع احترازاً عما إذا وطئت رجلاً نائماً مثلاً فقتلته ، فإنه لا شىء عندهم على أربابها إن كان الإتلاف ليلاً ولم يقصر أصحابها فى حفظها ، وكذا

= كرمها أو بستاناً أو أرضاً فأفسدها وصاحبها معها يسوقها فهو ضامن لما أفسد . ولو أن دابة انفلتت ليلاً أو نهراً فأصابت مالا أو آدمياً لا ضمان على صاحبها لأن فعل العجماء هذر ، •

ما كدمته بقمها أو رمته برجلها إن لم يكن من فعل من معها وإلا ضمن أصحابها (١).

وقال الشافعية : إن الدابة التي يضمن صاحبها ما أتلفته ليلاً لا نهاراً هي التي يرسلها أصحابها في الصحراء بعيداً عن المزارع احترازاً عما إذا توسطت المزارع والمراعى وأرسلها بلا زاع لأن العادة الغالبة حفظ المزارع نهاراً وحفظ الدابة ليلاً ومن ثم لو جرت العادة في بلد بعكس ذلك انعكس الحكم، أو لو جرت العادة على حفظها في الليل والنهار كان على أصحابها الضمان ليلاً ونهاراً ، وقياسه أن العادة لو جرت بعدم حفظها فيهما لا ضمان لا في ليل ولا في نهار ، هذا في القرى أما البلاد أو المدن فعلى أصحابها الضمان مطلقاً لأن العادة أن الدابة تراقب في المدن .

هذا وأما الدواب (٢) إذا كان معها سائق أو قائد أو راكب سواء كانت يده عليها بحق أم بغير حق ولو غير مكلف فانه يضمن إتلافها سواء كان الإتلاف بالليل أو بالنهار، لأن فعلها منسوب إليه وعليه حفظها وتعهد ما لم تنقلت بعد إحكام ربطها مثلاً وتلف شيئاً فانه لا يضمن، ومثله ما إذا هيجها غيره أو بالث (٣) أو راثت بطريق فتلف به نفس أو مال . وقال الحنابلة في ذلك إن الدابة إذا بالث في طريق فولق به حيوان فثات به فعلى صاحب الدابة الضمان إذا كان راكباً لها أو قائداً أو سائقاً لها، لأنه تلف حصل من

(١) يراجع كتاب الخرشى على المختصر ج ٨ ص ١١٢ ، ١١٣ .

(٢) خلافاً للطير إذ لا ضمان بإتلافه مطلقاً كالنحل والحمام تراجع تحفة

المحتاج ج ٩ ص ٢٠٢ .

(٣) تراجع تحفة المحتاج ج ٩ ص ٢٠١ - ٢٠٤ .

(١٢ - المسئولية)

جئة دابته التي يده عليها فأشبهه بالوجنت بيدها أو فيها ، وإن كان قياس المذهب عندهم أنه لا يضمن ما تلف بذلك لأنه لا يده له على ذلك ولا يمكن التحرز منه فلم يضمن ما تلف به كما لو أتلقت برجلها وكما لو لم يكن له يد عليها ويفارق هذا ما أتلقت بيدها وفيها لأنه يمكن حفظهما (١)

قال أبو محمد الظاهري في المحلى إن الراكب مصرف لدابته حاملا لها فإذا أصابت مما حملها عليه فانه عمد وعليه الضمان وما أصابت برأسها أو بعضتها أو بذنبها أو بنفحتها بالرجل أو ضربت بيدها في غير المشي فليس عليه الضمان لقوله صلى الله عليه وسلم : « العجما جرحها جبار » ومثله القائد إذا كان يمسك الرسن أو الخطام فهو حامل للدابة على ما مشى عليه ومثلها السائق إن حمل الدابة بضرب أو نخس أو زجر على شيء ما أما من أوثق دابته على طريق المسلمين فلا ضمان عليه ، ومثله من أرسلها وهو يمشى لأنه ليس كل مسيء ضامن .

ومن ركب دابة ولها فلول يتبعها فأصاب الفلول إنساناً أو مالا فالراكب حامل له على ذلك ، فإن عمد أو لم يعمد كان عليه الضمان ، ومثله من استدعى بهيمة بشيء تأكله وهو يدرى أن في طريقها متاعاً تلتفه أو إنساناً راقداً فأتلفته ، ومثله أيضاً من أشلى (٢) أسداً على إنسان أو حنشاً لأنه في إطلاقهما على الإنسان يعتبر مباشراً لإتلافه قاصداً لذلك .
والدابة إذا نفرت فليس على الذي نفرت منه ضمان إلا أن يكون نفرها عامداً ، ومثلها الكلب العقور وهو وإن كان لم يبيع اتخاذه ومن اتخذه يعتبر ظالماً إلا أنه ليس صاحبه متعدياً في إتلاف ما أتلف الكلب وليس عليه

(١) يراجع المغنى ج ٧ ص ٨٣١ .
(٢) يقال أشلى الكلب على الصيد اغراه .

ضمان لأنه كمن عمل سيفاً وأعطاه لظالم فقتل به فليس يسمى هذا العامل قاتلاً ولا متلفاً ، ولهذا كان عند الظاهرية أن من هيج كلباً أو أعطى أحق سيفاً فقتل به لا ضمان عليه^(١) .

هذا وما جاء في كتاب البحر الزخار من كتب الشيعة ما خلاصته ان على مطلق البهيمة الضمان فيما جنت فوراً مطلقاً لأنه كالمهيج لها .

ويضمن متولى الحفظ جناية غير الكلب من البهائم ليلاً ، لأن رسول الله صلى عليه وسلم قضى بذلك لاعتياد حفظها ليلاً ولا ضمان في النهار فإن انعكس الاعتقاد انعكس الحكم إذ هو العلة .

ويضمن الراعي عندهم ما أكلت الغنم في مراعاها إذ عليه حفظها .
ويضمن صاحب الفرس الشموس إذا ركبته في الشارع لتعديه ولتفريطه . أما إذا أفلت وقد حفظه حفظ مثله لم يضمن لعدم التقصير .

ويضمن صاحب الكلب العقور إذا أرسله ولو في ملكه على الداخل بالإذن لقوله صلى الله عليه وسلم « يضمن صاحب الكلب ما عقر نهاراً ولا يضمن ما عقر ليلاً »^(٢) .

هذا ومعنى القاعدة عند الفقهاء هو « أن جناية البهائم غير مضمونة ، ولكن المراد إذا فعلت ذلك بنفسها ولم تكن عقوراً ولا فرط مالكها في حفظها حيث يجب عليه الحفظ ، أضف إلى هذا أن الحنفيين أنفسهم فسروا كلية العجفاء في قاعدة « جناية العجفاء جبار » بمعنى الدابة المنفلتة

(١) يراجع المحلى لابن حزم ج ١١ ص ٨ فما بعدها .

(٢) يراجع البحر الزخار للمرئضي ج ٥ ص ١٦٩ و ١٧٠ .

وحدها والمنفلة الدابة المسبية التي لا يمكن الاحتراز عن فعلها (١) .
لقد كانت قصة نفس غنم القوم في عهد داود عليه السلام سبب
خلاف بين الفقهاء في مبدأ التبعة عن فعل الحيوان ، قال تعالى « وداود
وسليمان إذ يحكمان في الحرث إذ نفشت فيه غنم القوم وكنا لحكمهم
شاهدين ، ففهمناها سليمان ، (٢) » .

جاء في تفسيرها أنه دخل على داود عليه السلام رجلان فقال
أحدهما : إن غنم هذا دخلت في حرثي ليلاً فأفسدته فقضى له بالغنم .
فخرجاً فمرا على سليمان ، وكان يجلس على الباب الذي يخرج منه الخصوم
فقال : كيف قضى بينكما أبي ؟ فأخبراه ، فقال : غير هذا أرفق بالجانبين
فسمعه داود عليه السلام فقال له : بحق النبوة والأبوة إلا أخبرتني بالذي
هو أرفق فقال : أرى أن تدفع الغنم إلى صاحب الأرض لينتفع بدها
ونسلبها وصوفها ، والحرث إلى صاحب الغنم ليقوم عليه حتى يعود كما كان
ثم يترادا . فقال : القضاء ما قضيت ، وأمضى الحكم بذلك .

وقيل إن حكم سليمان عليه السلام كان بالاجتهاد ، وهو جائز على
الأنبياء عليهم السلام كما بين في الأصول .

إن قول سليمان « غير هذا أرفق » ، ثم قوله أرى أن تدفع الخ... صريح
في أنه ليس بطريق الوحي ، وإلا لبت القول بذلك ولما ناشده داود
عليه السلام لإظهار ما عنده ، بل وجب عليه أن يظهره بداهة ، وحرم
عليه كتمه ، مع أن الظاهر أنه عليه السلام لم يكن نبياً في تلك السن ، ومن

(١) يراجع البدائع ج ٧ ص ٢٧٣

والهداية ج ٤ ص ١٤٨

(٢) يراجع تفسير روح المعاني للالوسي ج ١٧ ص ٧٤ - ٧٥

سورة الأنبياء الآية ٧٧ - ٧٨

حضرورته أن يكون القضاء السابق أيضاً كذلك ، ضرورة استحالة نقض حكم النص بالاجتهاد ، وفي الكشف أن القول بأن كلا الحكمين عن اجتهاد باطل ، لأن سليمان نقض حكم داود عليهما السلام والاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد البتة ، فدل على أنهما جميعاً حكماً بالوحي ، ويكون ما أوحى به لسليمان عليه السلام ناسخاً لحكم داود عليه السلام ، أو كان حكم سليمان وحده بالوحي ، وقوله تعالى : « ففهمناها » لا يدل على أن ذلك اجتهاد .

وقد روى أنه لم يكن بين قيمة الحرث وقيمة الغنم تفاوت . وأما سليمان عليه السلام فقد استحسن حيث جعل الانتفاع بالغنم بإزاء ما فات من الانتفاع بالحرث من غير أن يزول ملك المالك من الغنم ، وأوجب على صاحب الغنم أن يعمل في الحرث إلى أن يزول الضرر الذي أتاه من قبله ، كما قال بعض أصحاب الشافعي فيمن غصب عبداً ، فأبقى منه أنه يضمن القيمة فينتفع بها المخصوص منه بإزاء ما فوته الغاصب من المنافع فإن ظهر الأبق تراداً .

هذا ، وأما حكم الملة في شريعتنا فعند الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه : لا ضمان إذا لم يكن معها سائق أو قائد ، لما روى الشيخان من قوله صلى الله عليه وسلم « جرح العجماء جبار » ولا تقييد فيه بليل أو نهار .

وعند الشافعي : يجب الضمان ليلاً لا نهاراً لما في السنن من أن ناقة البراء دخلت حائط رجل فأفسدته ، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم على أهل الأموال بحفظها بالنهار وعلى أهل المواشي بحفظها بالليل . وقيل إن الآية دليل على أن كل مجتهد في مسألة لا قاطع فيها مصيب . وفيها أيضاً دليل على أن خطأ المجتهد لا يقدح في كونه مجتهداً .

المطلب الأول

شروط (١) الضمان في جناية الحيوان :

على صاحب الحيوان أو حارسه أو راعيه أو سائقه أو قائده أو من له حق السيطرة عليه الضمان إذا وقعت منه جناية في نفس أو مال للغير ، فالضمان يجب عليه إذا توفرت شروط معلومة ولا ضمان إذا انعدم واحد منها وهي : —

- ١ — وجود عمل ضار .
 - ٢ — حصول التعدي وحده أو مع التعمد .
 - ٣ — قيام الرابطة بين الضرر والتعدي .
- والإليك كلمة في توضيح هذه الشروط :-

(١) الشرط في اصطلاح الأصوليين هو : ما يتوقف وجود الحكم على وجوده وجودا شرعيا بأن يوجد الحكم عنده لابه ، ويكون خارجا عن الماهية ويلزم من عدمه عدم الحكم ، وعلى ذلك فالشرط أمر خارج عن المشروط يلزم من عدمه عدم الشرط ولا يلزم من وجوده المشروط ويختلف بذلك عن الركن لأن الركن وإن كان يلزم من عدمه عدم الشيء إلا أنه جزء من ماهية الشيء . والشرط شرطان عندهم (١) شرط شرعي وهو ما كان مصدر اشتراطه الشارع كحضور شاهدين في الكفاح (٢) وشرط جعلي وهو ما كان مصدر اشتراطه المكلف كقول الزوج لزوجته ان دخلت الدار فأنت طالق . ويشترط في هذا الشرط أن لا يكون منافيا لحكم العقد أو التصرف الشرعي .

يراجع كتاب أستاذنا الشيخ محمد زكريا البرديسي - أصول الفقه - الطبعة الثانية ص ١٠٧

وجود عمل ضار :

القاعدة في هذا الموضوع مشهورة وهي : « لا ضمان حيث لا ضرر »
والضرر هو حدوث مفسدة أو وقوع أذى بالغير من فعل حيوان ،
ويكون عادة في نفس أو في مال .^(١)

التعدي :

لا بد من مجاوزة لحق الغير أو حق العامة على ما ينبغي الاختصار
عليه ، فلو لم تسكن مجاوزة ، فلا ضمان ، وذلك مثل أن تكون الدابة
التي حصل منها الإضرار في ملكه أو في المحل المعد للدواب أو دخلت
ياذن ممن وقع له الإتلاف وذلك لأن صاحب الدابة استعمل حقه
المباح^(٢) ، بخلاف ما إذا أدخلها في ملك الغير بغير إذنه ، وفي محل عام لم يعد

(١) عمدة القارء ج ٩ ص ١٠٢ (صرح الغني فيه بأن حديث
« العجماء جبار » يحتل الجناية على الأبدان أو الأموال) .

(٢) « أ » اراجع جامع الفصولين ج ٢ ص ٨٦ فما بعدها .

« ب » تراجع المادة ٩٣٠ من مجلة الأحكام العدلية ونصها :
« لا يضمن صاحب الدابة التي أضرت بيديها أو ذيلها أو رجلها
حال كونها في ملكه راكبا كان أو لم يكن » .
والمادة ٩٣١ ونصها :

« إذا أدخل أحد دابته في ملك غيره بأذنه فلا يضمن جنايتها
(في الصور التي ذكرت في المادة آنفا) حيث أنها تعد كالكائنة
في ملكه ، وإن كان أدخلها بدون إذن صاحبه ، يضمن ضرر
تلك الدابة وخسارها على كل حال يعني حال كونه راكبا =

لوقوف الدراب أو في الطريق أو بالقرب من المزارع أو من غير راع أو هيجمها أو قصر في حفظها وكانت عقورا فإنه يضمن ، ومن أمثلة ذلك « إذا سار الراكب على دابة في الطريق العام فوطئت إنساناً بيد أو رجل وهي تسير فقتلته يضمن ، لأن السير في طريق المسلمين مقيد بالسلامة لأن المشي بالطريق حق للجماعة والراكب يمكنه التحرز من إلحاق الضرر به » (١) . ومثله السائق والقائد .

« سار رجل على دابته في الطريق فنخسها رجل أو ضربها فنفتحت برجلها رجلا فقتلته ضمن الناحس » .
« وكذلك كل بهيمة من سبع أو غيره إذا أوقفه رجل على الطريق فهو متعدي في هذا التسبب حكما ضامن لما يتلف » (٢) .

= أو سائقا أو قائدا أو موجودا عندها أو غير موجود + + + »

وتراجع المادة ٩٣٣ ونصها :

« لو أتلقت الدابة التي كانت قد ربطها صاحبها في ملكه دابة غيره التي أتى بها صاحبها وربطها في ملك ذلك بلا أذنه لا يلزم الضمان » وإذا أتلقت الدابة دابة صاحب الملك فيضمن صاحبها وذلك لأن عمل الأول جائز في ملكه بخلاف عمل الثاني فإنه يعتبر تعديا .

وتراجع المادة ٩٣٩ ونصها : « إذا ربط شخصان دابتهما في محل لهما حق الربط فيه فأتلقت إحدى الدابتين الأخرى فلا يلزم الضمان . مثلاً ، لو أتلقت دابة أحد الشريكين في دار دابة الآخر عندما ربطاهما في تلك الدار لا يلزم الضمان » .

(١) تراجع المبسوط للرخسي ج ٢٦ ص ١٨٨ .

(٢) « أ » تراجع المبسوط ج ٢٧ ص ٢٠٢ .

الرابطة بين الضرر والتعدي :

إن فعل الحيوان الضار وحده في الشريعة الإسلامية لا يكفي للتضمنين، بل لابد أن يكون هنالك شخص له علاقة بحدوث الضرر إما مباشرة أو تسببا .

أما في حالة المباشرة فإنه يكفي أن يكون في الفعل الضرر تعد أي تجاوز لما حده الشارع من مراعاة لحقوق الآخرين ليسكون ضمان التلف^(١) الذي يحصل للغير من الدابة المركوبة غير الجروح على الراكب ، لأن الدابة آلة له ، والأثر الضار الحاصل بفعلها يضاف إليه ويعتبر هو المتلف مباشرة وتعديا .^(٢)

« ب » يراجع أيضا الحرشي للمالكية ج ٨ ص ١١٣ جاء فيه مامعناه :

« ان الراعي اذا سرح عنقه في موضع يقرب من المزارع يغلب على الظن أنها ترجع اليها فانه يضمن ، وأيضا اذا كان معها ولو بعدت عن المزارع ومن اتخذ ماشية شأنها العداء على المزارع فان ضمان ما أفسدته على ربها بالليل والنهار » .

(ج) وتراجع تحفة المحتاج للشافعية ج ٩ ص ٢٠٥ جاء فيها ما معناه :

« على المارة بالطريق العام الاحتراز عما لا يعتاد فيها كالركض الشديد بالدابة في مجمع الناس فان فعل ضمن ومن حمل حطبا على ظهر بهيمة فحك بناء فسقط ضمنه ليلا ونهارا » .

(١) تراجع المادة ٩٣٦ من المجلة ونصها :

« لو داست دابة مركوبة لأحد على شيء بيدها أو رجلها في ملكه أو في ملك الغير وأتلفته يعد الراكب قد أتلف ذلك الشيء مباشرة فيضمن على كل حال » .

(٢) الأم ج ٧ ص ١٣٨ .

أما في حال التسبب، فانه لاضمان إلا بالتعمد، والتعمد هو الخطأ الناتج عن القصد أو التقصير أو عدم التحرز ولا ضمان عند عدمه، ولو كان الفعل الضار يتجاوز إلى حقوق الآخرين؛ كفعل الدابة^(١) الجموح التي لم يقدر الراكب على ضبطها فتحدث ضرراً بالغير .
وهذا الرأي يخالفه رأى اللخمى القائل بأن على الراكب للدابة الجموح الضمان على فعلها الضار .^(٢)

المطلب الثاني :

أمثلة لبيان الضرر في حال التسبب :

الضرر الذى يحصل بفعل الحيوان في حالة التسبب لاضمان فيه إلا بالتعمد - الذى هو التعدى عن قصد أو إهمال - ولتوضيح ذلك أرى أن أضع بين يدي القارئ بعض الأمثلة وهي : -

١ - مثال الضرر في حال القصد :

مثل أن يجفل أحد دابة غيره قصداً كالصيد يرمى البندقية بقصد اجفال الدابة لتتلف هي أو لتتلف شيئاً لصاحبها أو لغيره .^(٣)
ومن الأمثلة أيضاً، إذا جمع به فرسه، فان كان هو المحرك له المغالب له^(٤) فانه يضمن كل ما جنى بتحريكه إياه، في القصد القود وفيما لم يقصده ضمان الخطأ،

(١) تراجع المادة ٩٣٧ من المجلة .

(٢) الفتاوى الخيرية ج ٢ ص ٢٠٥ .

(٣) تراجع المادة ٩٢٣ من المجلة .

(٤) المحلى ج ١١ ص ١١ المسألة ٢١١٠ .

أو « إذا التقى هرة على حمامة أو دجاجة فأكلتها ضمن لو أخذتها برميها وإلقائه لا لوبعده ، ويضمن بأشلاء كلبه لأنه باغراته يصير آلة لعقره فكأنه ضربه بسيفه » (١)

أولو « ألقى حية أو عقربا في الطريق فلدغت رجلا ضمن » (٢)
قال مالك : « حيث لم يقصر في حفظها ، وكذا ما كدمت الدابة بنفسها أو رمتها برجلها إن لم يكن من فعل من معها وإلا ضمن » (٣)
٢ - مثال الضرر في حال التقصير :

كأن يسوق أحد دابته فيقع سرجها أو لجامها أو شيء آخر من أدواتها التي تحملها فيتسبب في إصابة شخص فيموت فعلى صاحب الدابة الضمان لتقصيره في شد أحزمة الدابة وإحكام ربط أدواتها . (٤)

ومما جاء في المحلى ص ٩ « من استدعى بهيمة بشيء تأكله وهو يدرى أن في طريقها متاعا يتلفه أو انسانا راقدًا فأتلفته فأتلفت في طريقها شيئًا فالقودم في العمد وهو قاتل خطأ إن لم يعمد وكذلك من أشلى أسدا على انسان أو حنشا »

« (١) جامع الفصولين ج ٢ ص ٨٥ »

« (٢) الدر المختار ج ٥ ص ٥٥١ »

« (٣) الحرشى ج ٨ ص ١١٣ »

« (٤) أ » اراجع مجمع الانهر ج ٣ ص ٦٦١

« ب » اراجع أيضا تحفة المحتاج ج ٩ ص ٢١٠ جاء فيها :

« كل حيوان عرف بالاضرار وإن لم يملك فيضمن ذو حمل

أو كلب عقور ما يتلفه إن أرسله أو قصر في ربطه »

« ج » اراجع أيضا الحرشى ج ٨ ص ١١٣ جاء فيه :

« لا يخفى أن ضمان الراعى إنما يكون مع التفريط »

٣ — مثال الضرر لعدم التحرز :

وذلك مثل أن ينخس أحد دابة فتقفز وتصادم رجلا فيموت ، فإن الضمان يكون على الناحس ، لأنه قصد النخس ولم يتحرز بما سينتج عنه (١) وكان يوقف الدابة في الطريق العام فتحدث اضراراً للغير بسبب عدم التحرز من صاحبها أو حارسها ، قال ابن عابدين « الأصل أن المرور في طريق المسلمين مباح بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه » . (٢)

ويظهر من كلام ابن عابدين ضرورة احترام الآخرين وعدم الإضرار بهم وعدم التعدي عليهم ما أمكن لأن المرور حق مقرر لكل إنسان إلا أنه مشروط بالسلامة فيما يمكن الاحتراز منه .

كما يظهر من مثال الناحس المتقدم ذكره قد لا يكون قاصدا إتلاف مال الغير أو هلاك نفسه وإنما يقصد إسراع الدابة ولكن تولد عن نخسه

« د » وجاء في البحر الزخار ج ٥ ص ٢٧٠ ما يأتي « ولو كان الفرس شموسا لا يركب إلا في الصحراء فركب في الشارع ضمن ما جنى لتعديده ولتفريطه » . وجاء فيه أيضا « وأما العقور فيضمن أن فرط في حفظها لقضائه صلى الله عليه وسلم في بقرة قتلت حمارا » .

(١) « أ » يراجع المبسوط ج ٢٧ ص ٢ .

« ب » والهداية ج ٤ ص ١٦٤ .

« ج » وتراجع تحفة المحتاج ج ٦ ص ٢٠٣ جاء فيها : « لو ما نخس

الدابة غير من معها فضمن اتلافها على الناحس ولو رموها

بطبعها على الأوجه المأذون له من معها فعليه » .

(٢) يراجع الدر المختار ج ٥ ص ٥٩٢ .

للدابة محظور بسبب قلة احترازه واحتراسه عما سينتج من ذلك، وتصرفه هذا من نوع الخطأ الذى يفترضه القانون فى مثل هذه الحالة، ومثله الراعى الذى يرعى غنمه بالقرب من مزارع الآخرين فتسبب اتلافا لزرعهم .

هذا، وقد ذهب الإمام الشافعى ورواية عن الإمام أحمد الى أن الراكب ضامن، ومثله القائد أو السائق لما تصيبه الدابة بقمها أو تخبطه بيدها أو رجلها لأن كل ذلك مما يمكن الاحتراز منه .^(١)

هذا، والذى يمكن أن نستنتجه أن المالك أو الراكب أو السائق أو القائد أو الراعى (ومن يده حفظه كوديع أو يطار ومن له حق السيطرة عليه كمن استأجره ولو لم يكن مالكة أو من غصبه استولى عليه

(١) يراجع الميزان ج ٢ ص ١٥٠ جاء فيه ما يأتى :

« ومن ذلك قول أبى حنيفة أنه لو أتلقت الدابة شيئا وصاحبها عليها ضمن صاحبها ما أتلقت بيدها أو قمها وأما ما أتلقت برجلها فإن كان بوطئها ضمن الراكب وإن رمحت برجلها فإن كان بوطئها فى موضع مأذون فيه شرعا كالمشى فى الطريق والوقوف فى ملك الراكب أو فى الفلاة أو فى سوق الدواب لم يضمن وإن كان بموضع ليس بمأذون فيه الوقوف على الدابة فى الطريق والدخول فى دار انسان بغير إذن ضمن مع قول مالك ان يدها وقمها ورجلها سواء فلا ضمان فى شيء من ذلك اذا لم يكن من جهة راكبها أو قائدها أو سائقها سبب من غمز أو ضرب ومع قول الشافعى أنه يضمن ما جنت بقمها أو يدها أو رجلها أو ذنبها سواء كان من قائدها أو سائقها سبب أو لم يكن ومع قول أحمد ما أتلقت برجلها وصاحبها عليها فلا ضمان فيه وما جنت بقمها أو يدها ففيهما الضمان ، فالأول الذى هو كلام أبى حنيفة يفصل وكلام مالك فيه تخفيف من حيث التفصيل وكلام لشافعى مشدد وكلام أحمد منصل » .

بسبب من الأسباب كالسرقة مثلا) يكون مسئولاً عن فعل الحيوان الذى تحت حراسته وضامناً ، مالم ينقل الحيوان بنفسه ولو فى الطريق العام ويحدث ضرراً فلا ضمان على صاحبها ، أو يجمع ويعجز صاحبه من ضبطه ^(١) . ولو تعدد واضعو اليد على الحيوان كأن يجتمع راكب ورفيد أو راكب وسائق أو راكب وقائد فإن الأكثر قدرة على التصرف فى الحيوان والأقوى يدا وتسبباً يكون الضامن ، فإن استويا فى القدرة والتصرف فالضمان عليهما بالاشتراك . ^(٢) .

هذا ، ويشترط فى الحيوان الذى وقع منه الضرر ما يأتى :-

١ - أن يكون حياً .

(١) جاء فى جامع الفصولين ج ٢ ص ٨٦ أنه « لو وجد فى زرع دابة فحمل عليها فأسرعت ضمن ما أصابت وكذا لو تبعها كثيراً بعدما أخرجها وذهبت ضمن » .

وقد جاء فى الشرح الكبير ج ٥ ص ٤٥٥ « أن البهيمة لو أتلقت فى يد الراعى زرعاً أو شجراً ضمن الراعى دون المالك وكذا المستفيد إذا استعار بهيمة فأتلفت شيئاً وهى فى يد المستفيد فضمنه عليه سواء أكان المتلف للمالكها أو لغيره لأن ضمانه باليد واليد للمستعير » .

وجاء فى شرح النووى على صحيح مسلم ج ١١ ص ٢٢٥ « أن الضمان يجب فى مال الذى هو معها سواء أكان مالكها أو مستأجراً أو مستعيراً أو غاصباً أو مودعاً أو وكيلاً أو غيره » .

(١) تراجع البدائع ج ٧ ص ٢٨٠ .

والمقنى ج ١٠ ص ٣٥٩ .

٢ - وأن يكون بما يصح امتلاكه من الحيوانات المفترسة أو غيرها كالسباع والمستأنسة صغيرة كانت أو كبيرة، خطيرة كانت أو غير خطيرة كالبهائم بأنواعها من غنم وخيل، وكالقطط والكلاب والدواجن بأنواعها. ولا يستفيد من التعويض إلا المصاب وحده أو من أتلف ماله . ولا أرى أساسا لهذه المسؤولية إلا التعدى فى حال الاضرار مباشرة أو وجود الخطأ اللازم فى أحوال الاضرار تسببا .

* * *

الفصل الثاني

المسئولية عن فعل الحيوان في القانون

المبحث الأول

في بعض قوانين البلاد العربية بوجه عام

يسأل مالك الحيوان أو مستخدمه عن الضرر الناشئ بفعل الحيوان في الوقت الذي يستعمله فيه، سواء أكان في حراسته أو هرب منه أو ضل، وتكون المسئولية قبل المصاب متى أقام الدليل على الضرر الذي أصابه بفعل الحيوان وأثبت علاقة السببية بين ذلك الضرر والفعل من غير حاجة إلى إقامة الدليل على خطأ مالك الحيوان أو مستخدمه .

جاء في القانون المدني المصري القديم في المادة /١٥٣/ والمادة /٢١٥/ ما يأتي : -

« يلزم مالك الحيوان أو مستخدمه بالضرر الناشئ عن الحيوان المذكور، سواء كان في حيازته أو تسرب منه . »

وفي القانون المدني المصري الجديد المادة ١٧٦ تنص على أن :

« حارس الحيوان ولو لم يكن مالكه مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ولو ضل الحيوان أو تسرب مالم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه . »

ونص مثله القانون المدني السوري في المادة ١٧٧ . والليبي أيضاً في المادة ١٧٩ .

أما القانون المدني اللبناني فقد نص على :

« ان حارس الحيوان مسئول عن ضرر حيوانه وان يكن قد ضل أو هرب - وحكم هذه التبعة يجرى أيضاً عند انتفاء النص المخالف ، وان يكن الحارس والمتضرر متبطين بمقد سابق كعقد الاستخدام مثلاً - ولا ترتفع التبعة عن الحارس إلا إذا قام الدليل على قوة قاهرة أو على خطأ ارتكبه المتضرر » .

ولقد نص التقنين المدني التونسي والمراكشي في المادة ٩٤ / ٨٦ على أن المرء يسأل عن الضرر الذي يسببه الحيوان الذي يكون في حراسته ولو ضل هذا الحيوان أو تسرب مالم يثبت أنه اتخذ الاحتياطات اللازمة لمنع الحيوان من الأضرار بالغير أو لملاحقته أو أن الفعل الضار ناشئ عن حادث فجائي أو قوة قاهرة أو عن خطأ المضرور نفسه .

هذا والتقنين المدني العراقي في المادة ٢٢١ وما بعدها م يأخذ بالمسؤولية المفترضة عن فعل الحيوان إلا أنه اقتبس من الشريعة الإسلامية أحكامه في هذا الشأن فقرر أن « جناية العجماء جبار » وجعلت مالك الحيوان أو مستخدمه مسئولاً عما يحدثه الحيوان من ضرر للغير مالم يثبت أنه اتخذ الحيطة الكافية لمنع حدوث الضرر .

والذي يظهر لنا من دراستنا لتقنينات البلاد العربية أنها تنقسم قسمين : -

القسم الأول : يشمل التقنين المصري والسوري واللبي واللبناني والتونسي والمراكشي ويأخذ بما أخذ به التقنين الفرنسي من تقرير مسؤولية مفترضة تقع على عاتق مالك الحيوان ومستخدمه وحارسه .
(١٣ - المسؤولية)

والقسم الثاني : ويستقل به التقنين العراق ويأخذ بالشريعة الإسلامية ويجعل مالك الحيوان أو مستخدمه مسئولاً عن فعل الحيوان مسئولية مفترضة فيما يكون قد وقع منه من خطأ تسبب في وقوع الضرر بفعل الحيوان .

المطلب الأول :

من يسأل عن فعل الحيوان :

لقد نصت المادة ١٧٦ من القانون المدني المصري الجديد والمادة ١٧٧ من القانون السوري والمادة ١٧٩ من القانون الليبي والمادة ٩٤ تونس والمادة ٨٦ مراکش .

على أن المعول عليه في تعيين من يسأل عن فعل الحيوان إنما هو الشخص المعين لحراسته ولو لم يكن مالكا له والأصل في الحيوان أن يكون في حراسة مالكه ولو كان قاصراً أو فاقد العقل مالم يكن لغیره السيطرة الفعلية عليه ويباشرها لحسابه لا لحساب المالك كمتأجر أو مستفيد فإن الحراسة تنتقل مسئوليتها لذلك إلى مستخدم الحيوان باعتباره حارساً له .

ومثله من عليه حفظ الحيوان بحكم مهنته ولو لم يكن يستخدمه كوديعة وبيطار وليس مثله الذي يرعى الحيوان لحساب سيده كالحادم والراعى لأن السيد هو الحارس الأصلي ، أما إذا رعى الحيوان لحساب نفسه فإنه يكون حارسه .

وهذه المسئولية في القانون تعتبر مسئولية بديلة - Alternative -

بمعنى أنها لا تلزم إلا من كان الحيوان في حراسته وقت وقوع الفعل الضار ، ولو أفلت منه وأحدث الضرر في أثناء حراسته ما لم يسرق أو يغصب فإنه يكون في حراسة من استولى عليه ولو كان استيلاؤه بغير حق ، فيسأل السارق أو الغاصب عما يقع من الحيوان وقتئذ .

المطلب الثانى :

ما يشترط في الحيوان :

يشترط في الحيوان الذى وقع بفعله الضرر شرطان .

الشرط الأول : أن يكون حياً (لأن الميت وقت حدوث الضرر لا اعتبار لفعله ولا مسئولية تترتب على فعله) .

الشرط الثانى : أن يكون مملوكا لأحد الأشخاص (ويخرج بهذا الشرط الحيوانات غير المملوكة ، كطيور السماء ووحوش الغابات إلا أن يقوم الدليل على أن شخصا معينا تسبب بخطئه فيما وقع من ضرر بفعلها) .

هذا ، والحارس لا يكون مسئولا مسئولة مفترضة عما يحدثه الحيوان من ضرر للغير إلا إذا توافر هذان الشرطان .

ولافرق في الحيوانات التى وقع بفعلها الضرر بين المفترسة والمستأنسة ولا بين الكبيرة والصغيرة ولا الخطيرة ولا غيرها ، ويدخل معنا من الحيوانات الدواب والبهائم بأنواعها من خيل وبغال وحمير وجمال ومواشى ومن الأليفة القطط والكلاب والقردة والطيور المملوك والدواجن

بأنواعها ، ومن المفترسة السباع والنمور وغيرها^(١) .

(١) يراجع كتاب اندرهل فى قانون المسؤولية المدنية المادة ٨٦ (من الطبعة الثانية عشر) جاء فيها أحكام مسؤولية الشخص عن الحيوان المفترس والاليف وترجمتها :

١ - أى شخص يحرس حيوانا مفترسا يكون مسئولا عن أى ضرر

ينتج عن عدم أحكام صيانه •

٢ - صاحب الحيوان الاليف اذا علم شراسة حيوانه يكون مسئولا عن

أى ضرر يحدثه بسبب شراسته اذا لم يحكم صيانه •

٣ - صاحب الحيوان الاليف عدا الكلب والقطه يكون مسئولا عن أى

ضرر يحدثه باعتدائه •

٤ - صاحب الكلب مسئول عن أى ضرر يحدثه الكلب للماشية

والدواجن •

٥ - فيما عدا ما تقدم صاحب الحيوان الأليف لا يكون مسئولا عما

يحدثه من ضرر •

وهذا هو نصها باللغة الانجليزية من كتاب اندرهل فى قانون المسؤولية

المدنية •

Art. 86 — Damage by Animals :

- (1) A person who keeps a wild animal keeps it at his peril, and is liable for all damages which it may do in consequence of his not keeping it securely.
- (2) The owner of a domestic animal known by him to be vicious keeps it at his peril, and is liable for all damage which it may do as a result of its known vicious disposition, in consequence of his not keeping it securely.

أما الحيوانات السائمة كالجراد والعصافير غير المملوكة فإن صاحب المزارع لا يسأل عما تحدثه من اضرار إلا إذا ثبت أن ضررها راجع إلى خطئه .

والمحكمة فيما مضى كانت ترى أنه إذا وقع الضرر من حيوان كان يقوده ، أو يركبه إنسان اعتبر الضرر حاصلًا بفعل الإنسان .

-
- (3) The owner of a domestic animal, other than a dog—
[or cat, is liable, if it trespasses, for any damage
which is a natural consequence of the trespass.
 - (4) The owner of a dog is liable for any inquiry it
causes to cattle and poultry.
 - (5) With the above exceptions, the owner of a domestic
animal (apart from negligence on his part) is not
liable for damage which it may do.

ويراجع كتاب بروس في قانون المسؤولية المدنية الأمريكي ص ٣١٩ مادة ٥٧ جاء فيه ما ترجمته :

« ان حارس الحيوان اذا كان هذا الحيوان من النوع الذي يخشى اضراره بأرض الغير يكون مسئولًا عندما يرسله (ولو بغير قصد الحاق الضرر بالغير) عن أى ضرر يحصل منه بالأرض أو النفس أو الممتلكات أو أى ضرر يحتمل أن يحدث بسببه باستثناء الحيوانات التي تساق بالطريق العام +

وحارس الحيوان اذا كان من النوع الخطر بطبعه (وصاحبه يعرف أو يفترض فيه أن يعرف ميوله الشرسة) يكون مسئولًا (ولو لم يتو الاهمال أو الاضرار بالآخرين) عما يسببه حيوانه من تلك الميول . =

= ونص المادة باللغة الانجليزية كالآتي :

LAW OF TORTS

William L. Prosser.

Animals:

Page 319

57—Apart from statute, the keeper of an animal for kind likely to do harm to the land of others if it escape is liable, without wrongful intent or negligence, for its trespass upon the land of another, or for any damage it may do to the land, or to the person or property of the owner, of a kind normally to be anticipated following from the tress. For exception is made in the case of animals driven along the public highway.

The keeper of an animal of a species dangerous by nature, or of any animal which he knows, or has reason to know, to have dangerous propensities, is liable, without wrongful intent or negligence, for damage to other resulting from such a propensity.

هذا والمادة ١٣٨٥ من القانون المدني الفرنسي توجب المسؤولية على مالك الحيوان أو مستخدمه في الوقت الذي يستخدمه فيه سواء بقي الحيوان في حراسته أم ضل منه أو هرب .

ونص المادة ١٣٨٥ في ترجمة رفاع الطهطاوى لقانون نابليون كالآتي:
« يضمن مالك الحيوان أو مالك منفعة مادم الحيوان تحت استعماله »
« جميع التلف الذي يحصل من هذا الحيوان سواء كان تحت يده أو حفظه أو ضل منه أو انقلت » .

المطلب الثالث :

فعل الحيوان الذي تقوم به المسؤولية المفترضة :

كل فعل تسبب في الاضرار بالآخرين مثل عضه الكلب أو رفسة الجواد وانتقال العدوى من حيوان مريض إلى حيوانات سليمة أو اتلاف مال الغير بفعل الحيوان سواء أكان يقوده مالكه أو حارسه أم يمتطيه فالحارس مسئول مسؤولية مفترضة بشرط أن يكون الحيوان قد تدخل تدخلًا إيجابيًا في حدوث الضرر ، كما لو جمع جواد وانطلق في الطريق يلقى الرعب والذعر بين المارة حتى تسبب في سقوط بعضهم وإصابته بكسر أو جرح وقد أخذت بهذا الرأي قوانين البلاد العربية ماعدا القانون العراقي لسببين :

أولهما : ورود نصوصها في الموضوع مطلقة من غير أن تفرق بينها .
ثانيهما : الذي يظهر من نصوصها أن مجرد افلات الحيوان هو المقصود من عدم الحراسة ويشترط أن يكون افلاتا يحمل الدليل على عدم قيام الحارس بواجبه ، أما إذا قام بواجبه ولم يتعمد توجيه الحيوان إلى أحداث الضرر بالآخرين فلا محل لتطبيق المسؤولية عليه .

المطلب الرابع :

المستفيد من المسؤولية المفترضة :

المستفيد من المسؤولية المفترضة هو المصاب دون غيره سواء أكان أجنبيًا عن الحارس أم كان هو الخادم أم التابع الذي وكل الحارس إليه العناية بالحيوان أو استغلاله لحسابه ، ويجوز لمالك الحيوان الذي جعله في حراسة آخر إذا أصابه ضرر بفعل الحيوان أثناء تخليه عن

حراسته إلى ذلك الآخر أن يطالب الحارس بالتعويض وفقاً لأحكام المسؤولية المفترضة ، ويشترط في المصاب أن لا يكون قد تسبب بخطئه في حدوث الضرر وإلا فإنه يتعين عليه في مطالبته حارس الحيوان بالتعويض أن يثبت وقوع خطأ من الحارس طبقاً للقواعد العامة .

ويستفيد أيضاً من عضه كلب طليق خطر يسرح في حديقة منزل دون ربطه أو تكميته أو من تصدى لوقف جواد جمع من سائقة فتنتج عن تدخله ضرر لشخصه ولو كان مخطئاً بتدخله لأنه قصد أن يعمل عملاً إنسانياً سامياً .

المطلب الخامس :

أساس هذه المسؤولية وطريقة دفعها :

ان أساس هذه المسؤولية هو افتراض وقوع خطأ من الحارس في اقتناء الحيوان الذي أحدث الضرر أو في حراسته .

وقد لوحظ أن تأسيس هذه المسؤولية على افتراض الخطأ أصبح لا يستقيم مع قضاء المحاكم الأخير ولا مع النص الجديد الذي قنن هذا القضاء ، لأن قرينة الخطأ هذه لا بد أن تكون غير قاطعة مادام لم يرد نص يعتبرها قاطعة .

وقد ذهب بعض شراح^(١) القانون في تبرير ذلك إلى القول بأن هذه المسؤولية مبنية على أساس تحمل التبعة إلا أن هذا المذهب مذهب تحمل التبعة لاقى اعتراضات كثيرة وترجع في هذا الشأن وفي الوقت الحاضر نظرية الخطأ التي يحمل دلائلها حدوث الضرر بفعل الحيوان في ذاته .

(١) الوسيط للسنهوري ج ١ نبذة ٧٠٦

فأساس المسؤولية في القانون خطأ ثابت وقوعه من حارس الحيوان في الحراسة وهذا الخطأ يفرض أنه غير راجع إلى سبب اجنبي عن الحارس

فالخطأ في الحراسة ثابت والسببية مفترضة عندهم.

وقد كان يدفع الحارس هذه المسؤولية^(١) في المحاكم الفرنسية ينفي الخطأ عن نفسه في اقتناء الحيوان وفي حراسته ، غير أن هذه المحاكم عدلت^(٢) منذ سنة ١٨٨٥ وأصبحت تشترط في دفع هذه المسؤولية إقامة الدليل على أن الفعل الضار وقع بسبب^(٣) اجنبي عن الحارس كحادث فجائي أو قوة قاهرة أو خطأ المصاب أو خطأ شخص اجنبي وعلى ذلك أيضاً جرت المحاكم المصرية .

وقد نص التقنين المدني المصري الجديد في المادة ١٧٦ على أن هذه المسؤولية المفترضة تقوم ، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب اجنبي لا يد له فيه ، مثله نص التقنين السوري والليبي واللبناني .

أما التقنيان التونسي والمراكشي فقد نصا على أن حارس الحيوان يجوز له أن يدفع مسؤوليته المفترضة عن فعل الحيوان بإقامة الدليل على أنه اتخذ الاحتياطات اللازمة لمنعه من الاضرار بالغير أو أن الفعل الضار نشأ من حادث فجائي أو قوة قاهرة أو عن خطأ المضرور نفسه المادة ٨٦/٩٤ .

فالمسؤولية في هذين القانونين تعتبر مبنية على أساس خطأ مفترض فرضاً

(١) مازو نبذة ١١٣١

(٢) مجلة التشريع والقضاء ٢ - ٢٠٣ - ١٠٣

(٣) نظرية دفع المسؤولية للدكتور سليمان مرقص ص ١٢٦ هامش ٥

قابلاً لإثبات العكس أى الخطأ المفترض فى حراسة الحيوان أو فى ملاحظته
خلافًا للحال فى التقنيات السابق ذكرها .

موازنة عامة :

يلاحظ مما تقدم أن الشريعة الإسلامية لا ترى الضمان بالنسبة إلى
فعل الحيوان ذاته لأنه ليس أهلاً للمسئولية لفقدانه الإدراك الذى يفرق
بين الضرر والنافع ولفقدانه أهلية المالك التى يتعلق بها إمكان التعويض
على المتلف عليه من مال المالك ولقوله صلى الله عليه وسلم « جرح العجماء
جبار » .

فالضرر الذى ينتج وينشأ من تلقاء الحيوان من غير تعد من أحد
أو تقصير أو عدم تحرز لا يضمنه صاحبه — ويكون هدرًا ليس للضرر
عوض عما لحقه من ضرر بسببه لأن الفعل يحض للدابة وهذا مبدأ سليم لا يحتاج
إلى عناء وأعمال فكر فيه مادام قد انتفى من جانب صاحبها كل أسباب
التعدى مباشرة أو تسبباً ولكن إذا حدث تعد من صاحب الدابة أو من
بيده سيطرة عليها سواء كانت الدابة واقفة أو سائرة أو كان فى وسع
صاحبها أن يمنع ضررها عن الغير فلم يفعل فيثبت تنسب الشريعة الإسلامية
الضرر إليه مباشرة أو تسبباً حسب الأحوال (١) .

هذا ويلاحظ فى القانون أن خطأ حارس الحيوان الذى سبب ضرراً
للغير مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس فى بعض القوانين وفى
البعض الآخر يقبل إثبات أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي أو قوة

(١) قال الامام الشافعى « على أن ما أصابت العجماء من جرح وغيره
فى حال جبار وفى حال غير جبار » .

قاهرة أو حادث مفاجيء أو خطأ المضرور أو خطأ الغير ، وعمل أى حال الظاهر لنا من القانون أنه يشدد على صاحب الحيوان ويخفف على المضرور مهمته في إثبات حقه في التعويض وذلك بإثبات أن المدعى عليه هو حارس الحيوان وأن الضرر وقع بفعل حيوانه ويكفى أن يثبت أن الحيوان تدخل إيجابيا في إحداث الضرر لا بفعل شيء آخر حتى ولو كان الحيوان منفلتا .

هذا ، والقانون لا يسأل عديم التمييز عن الضرر الذى حدث من حيوانه لأنه يشترط في المسؤولية أن تكون قائمة على الخطأ والخطأ يستلزم الإدراك وعديم التمييز لا يتصور الخطأ من جانبه (١) .

التشريع الإسلامى يوجب على صاحب الحيوان المسؤولية عن فعل حيوانه إذا حدث منه الضرر مباشرة أو تسببا ومثله يقدر على حفظ الحيوان وتصرفه والاستمسك عليه (٢) .

(١) الوسيط للسنهوري ص ١٠٦٥ طبعة سنة ١٩٥٢

(٢) جاء في مجمع الضمانات ص ١٨٨ ما يأتى :

« رجل حمل صبيا على دابة فقال له امسك لى فسقط الصبي عن الدابة (فمات) كان دية الصبي على عاقلة الذى حمله على كل حال سواء كان الصبي يستمسك على الدابة أولا وان سقط قبل ما سارت أو بعد ذلك وان سير الصبي الدابة فأوطأ انسانا والصبي يستمسك عليها فدية القتل على عاقلة الصبي ولا شيء على عاقلة الذى حمله وان كان الصبي لا يستمسك على الدابة لصغره ولا هو ممن يسيرها لصغره كان دم القتل هدرا وكان بمنزلة الدابة المنفلتة ولو كان راكبا فتحمله معه نفسه ومثل هذا الصبي لا يصرف الدابة ولا يستمسك عليها كانت ديته على عاقلة الرجل »

المبحث الثاني

المسئولية عن فعل الحيوان

(في القانون العراقي بوجه خاص)^(١)

ان قاعدة « جنائية العجاء جبار » أخذ بها التقنين في الشريعة الإسلامية وقيدتها بوجوب تضمين صاحب العجاء إذا أمكن إضافة فعلها إليه .

وقد جاء في المادة ٢٢١ من القانون العراقي ما يأتي :

« جنائية العجاء جبار ، فالضرر الذي يحدثه الحيوان لا يضمنه صاحبه إلا إذا ثبت أنه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر »

فصاحب الحيوان لا يضمن إلا إذا ثبت وقوع خطأ منه مرتبطاً بذلك الضرر بصفة السببية .

وجاء في المادة ١٨٦ منه — فقرة أولى ما يأتي :

« إذا أتلّف أحد مال غيره أو أنقص قيمته مباشرة أو تسبباً ، يكون ضامناً إذا كان أحدائه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى » .

وقد قضى القانون العراقي في هذه المادة على ثمرة التفرقة التي قال بها التشريع الإسلامي بين المباشرة والتسبب ، وعلى ذلك فالقانون العراقي

(١) نظراً لأن المشرع العراقي حاول أن يلتزم أحكام الشريعة الإسلامية في تقنينه للقانون المدني رأيت أن أدرس ما جاء فيه من أحكام الشريعة الإسلامية بهذا الخصوص .

لا يضمن صاحب العجاء الجانية إلا إذا ثبت وقوع خطأ منه كما هو الشأن في سائر أحوال المسؤولية والضمان .

أحوال الخطأ السلبي :

نصت المادة ٢٢٢ فقرة أولى من القانون المدني العراقي على أنه « إذا أضر حيوان بمال شخص ورآه صاحبه ولم يمنعه كان ضامناً » ونصت نفس المادة في الفقرة الثانية على ما يأتي :

« يضمن صاحب الثور النطوح والكلب العقور ما أحدثاه من الضرر إذا تقدم إليه أحد من أهل محله أو قريته بالمحافظة على الحيوان ، ولم يحافظ عليه أو كان يعلم أو ينبغي أن يعلم بعيب الحيوان ، .

ونص القانون العراقي في المادة ٢٢٣ في الفقرة الثانية والثالثة على ما يأتي :

« . . . أو انفلتت (الدابة) بنفسها ودخلت في ملك الغير وأحدثت ضرراً فصاحبها لا يضمن إلا إذا ثبت أنه لم يتخذ الحيلة الكافية لمنع وقوع الضرر ، .

وجاء في المادة ٢٢٥ من النص التالي :

« ويضمن الضرر كذلك من سبب الدابة في الطريق العام أو تركها تنسرب . إذا ثبت أنه لم يتخذ الحيلة الكافية لمنع التسبب فسر بها ، .

ونصت المادة ٢٢٦ فقرة ثانية من أنه إذا ربط شخصان دابتيهما في محل لها حق الربط فيه ، فاضرت لإحدى الدابتين الأخرى فلا ضمان .

إلا إذا أثبت صاحب الدابة التي أصابها الضرر أن الآخر لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع هذا الضرر .

نرى من هذه النصوص أن المقصود بالخطأ السلبي التقصير أو الامتناع عن أداء واجب إيجابي ، فثبوت الواجب الإيجابي شرط لموضوع التقصير أو الخطأ السلبي . فالشخص لا يعتبر مقصراً بعدم منعه ضرراً معيناً عن الغير ، إلا إذا كان واجباً عليه منع هذا الضرر وفي إمكانه منعه فإن لم يمنعه كان ذلك إخلالاً منه بواجبه وتقصير أو خطأ سلبي يكفي وحده لإيجاب الضمان عليه ولو لم يقع منه أي تعدٍ إيجابي ، فالمشرع العراقي استغنى عن الإشهاد على صاحب الحيوان إذا كان يعلم أو ينبغي أن يعلم بعيب حيوانه ، وبذلك ألزم صاحب الحيوان بمنع ضرره عن الناس بمجرد علمه بعيبه وإن لم يطلب منه ذلك ، إلا إذا لم يكن في وسعه منع الضرر أو كان عدم منعه إياه راجعاً إلى سبب أجنبي عنه .

أحوال الخطأ الإيجابي :

جاء في القانون المدني العراقي في المادة ٢٢٣ فقره أولى أنه :

« إذا أدخل شخص دابة في ملك غيره ضمن ضرر تلك الدابة سواء أ كان راكباً أم سائقاً أم قائداً موجوداً عندها أم غير موجود » .
كما نصت المادة ٢٢٥ فقرة أولى منه أنه :

لو أوقف شخص دابة بلا ضرورة أو ربطها في الطريق العام في غير المحال المعدة لوقوف الدواب ضمن ضررها في كل الأحوال :
وأيضاً جاء في المادة ٢٢٦ فقرة أولى منه أنه :

« إذا ربط الدابة صاحبها في ملكه ثم ربط آخر دابته في ملك الأول بدون إذنه أضررت دابته دابة صاحب الملك فيضمن لأنه متسبب متعدد

وجاء في نفس المادة في فقرتها الثالثة أنه إذا ربط شخصان دابتيهما في محل ليس لهما فيه حق الربط ، واضرت دابة الرابط مؤخراً دابة الرابط أولاً لزمه الضمان لأنه متسبب متعدد .

والظاهر من النصوص الواردة أن كل فعل يأتيه الشخص اختلافاً بواجب سلبى يفرض عليه الامتناع عن ذلك الفعل الضار يعتبر خطأً إيجابياً ، ومثال ذلك دخول ملك الغير بغير إذنه فإنه يعتبر اختلافاً بواجب مقابل بحق الملكية للغير .

فإذا ارتكب شخص خطأً إيجابياً كان سبباً في حدوث ضرر للغير بفعل حيوانه ضمنه ، سواء أوقف دابته في الطريق العام بلا ضرورة ، أم ربطها في غير المحال المعدة لوقوفها .

أحوال لا ضمان فيها :

نصت المادة ٢٢٤ من القانون العراقي على ما يأتي : -

« لا يضمن المار بحيوانه في الطريق العام راكبا أو سائقا ، أو قائداً الضرر الذى لا يمكن التحرز منه فلو انتشر من رجل الدابة غبار أو طين ولوث ثياب الغير فلا ضمان .

وجاء في المادة ٢٢٦ فقرة أولى أنه :

« إذا أضرت الدابة التى ربطها صاحبها فى ملكه دابة غيره التى أتى بها صاحبها وربطها فى ملك الأول بدون إذنه فلا ضمان ، .

ونصت المادة نفسها فى الفقرة الثالثة على أنه :

« إذا ربط شخصان دابتيهما فى محل ليس لهما فيه حق الربط واضرت دابة الرابط أولاً دابة الرابط مؤخراً فلا ضمان ، .

هذا ، ويمكننا أن نأخذ بطريق مفهوم المخالفة من نص المادة ٢٢٢
الآتية : -

« إذا أضر حيوان بمال شخص ورآه صاحبه ولم يمنعه كان ضامنا ، على
أن صاحب الحيوان لا يضمن ضرره إذا لم يره يحدث الضرر ، وأن
صاحب الثور النطوح والكلب العقور كذلك لا يضمن إذا لم يعلم بعيب
الحيوان ولم يكن ينبغي عليه أن يعلم به . »

والظاهر أن علة عدم الضمان هي إنتفاء الخطأ .

الشخص الذي عليه ضمان جنابة العجفاء في الشريعة .

إذا ثبتت شروط الخطأ في جانب المالك أو الحارس فالضمان عليهما
في جنابة العجفاء .

أما إذا لم تثبت شروط الخطأ في جانب المالك أو الحارس ، فإذا ثبت
أن فعل الدابة راجع إلى فعل شخص غيرهما ليس له السيطرة الفعلية في
توجيه الحيوان ، وليس ملزما بأى واجب إيجابى يفرض عليه منع
الحيوان من الإضرار بالغير ، فإن هذا الشخص يضمن إذا وقع منه فعل
إيجابى مما يعد خطأ وكان هو الذى دفع الدابة إلى أحداث الضرر كما
لو نخس أحد المارة دابة واقفة في ملك صاحبها أو أخافها حتى اندفعت
وأحدثت ضرراً بالغير .^(١)

هذا ، وأطلقت المادة ٢٢٣ من التقنين المدنى العراقى التعبير حتى جعلت

(١) يراجع مجمع الضمانات ص ١٨٧ و ص ١٨٨

الضمان يشمل كل شخص يدخل دابة في ملك الغير بدون إذنة أو يسير بها في الطريق العام في غير المحال المعدة لوقوف الدواب ، سواء أكان الشخص راكباً أو سائقاً أو قائداً ، فإنه يضمن ضرر الدابة بجزء خطئه في إدخالها في ملك غيره دون إذنه أو في عدم إحترازه أثناء السير بها في الطريق العام أو في وقفها أو ربطها فيه حيث لا يجوز ذلك ، ما دامت الدابة تحت سيطرته .

فالقائد أو السائق أو الحارس للدابة الخاضعة لسيطرته إذا رآها تلحق الضرر بغيره أو علم أو كان ينبغي أن يعلم بوجود عيب فيها يجعلها تهدد بالحاق الضرر بالغير وجب عليه منعها من ذلك وإن لم يفعل ضمن .

مسئولية حارس الحيوان مفترضة في حالة واحدة :

إذا ثبت اخلال حارس الحيوان بالتزامه بمنع الدابة من الإضرار بالغير مع تمكنه من التحرز منه فإن القاعدة العامة في القانون تقضى بتضمنه ، وعلى المتضرر أن يثبت خطأ الحارس في عدم منع الحيوان من الإضرار به ، وللقاضي أن يستنبط ذلك من ظروف الحال أخذاً بالقرينة القضائية على اهمال الحارس في اتخاذ ما يلزم لمنع الحيوان من الإضرار بالغير .

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فيعتبرون أن الراكب الذي يمر بدابته في الطريق العام مسئول عن أى ضرر يقع من مصادمتها أو لطمت يدها أو رأسها لأنه يمكنه التحرز من ذلك .

وأما التقنين العراقي فقد اتخذ موقفاً وسطاً بين القاعدة العامة في

القانون ورأى فقهاء الشريعة ، فلم يكتف بسطة القاضي باستنباط خطأ الحارس من طريق القرائن القضائية ، لتأرجح مسئولية الراكب وتوقفها على تقدير القاضي ، الأمر الذى قد يختلف فيه القضاة ولا يخضعون فيه لرقابة المحكمة العليا ويتعذر مع ذلك كفالة الحكم بالتعويض للمتضرر بشكل يمكن للقاضي أن يلزم به المستول عن الضرر ، ويمكن معه إلمثنان الناس لعدالة المحكمة .

هذا ولم يذهب المشرع العراقى إلى الحد الذى ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية الذين اعتبروا مجرد وقوع الضرر الذى يمكن التحرز منه دليلاً على تقصير الراكب وأوجبوا به الضمان .

وقد نص فى المادة ٢٢٤ فقرة ثانية على أن :

« الضرر الذى يمكن التحرز منه كصادمة الدابة أو لطمت يدها أو رأسها يضمه المار بحيوانه فى الطريق العام ، راكباً أو قائداً أو سائقاً إلا إذا ثبت أنه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوعها وبذلك أنشأ قرينة قانونية بموجبها يفرض فى الراكب أو السائق أو القائد المار بحيوانه فى الطريق العام أنه قصر فى إتخاذ الحيطة الكافية لمنع ضرر حيوانه الذى كان يمكنه التحرز منه ، وجعل هذه القرينة بسيطة تقبل لإثبات العكس فتسقط ويرتفع الضمان عن المار بحيوانه بمجرد إثباته أنه اتخذ الحيطة اللازمة لمنع وقوع الضرر ، كما هو الحال فى التقنينين التونسي والمراكشى .

وعليه فالمادة ٢٢٤ فقرة ثانية تتضمن حكماً استثنائياً فيه خروج

عن القاعدة العامة في إثبات الخطأ ، ما كان المستطاع الأخذ به دون نص ،
فيتعين تطبيقه بدقة بحيث لا يتجاوز فيه الحالة التي نص عليها ، ويشترط
فيها شرطان :

الشرط الأول : أن يكون ثمة شخص يمر بحيوانه في الطريق العام
سواء أكان راكباً أو سائقاً أو قائداً أو حارساً .

الشرط الثاني : أن يحدث الحيوان ضرراً للغير يمكن التحرز منه .

هذا ، والخلاصة فإن القانون العراقي ترك مسؤولية الممر عن الضرر
الذي يحدثه حيوانه للغير خاضعة للقواعد العامة ، بحيث لا يسأل مالك
الحيوان أو حارسه الذي يملك عليه سيطرة فعلية عن ذلك الضرر الا اذا
ثبت وقوع خطأ من واحد منهما أدى إلى أحداث الحيوان هذا الضرر ،
وبذلك لم يأخذ بما أخذت به القوانين الأخرى من مسؤولية حارس الحيوان
المفترضه إلا في حالة واحدة هي التي نصت عليها المادة ٢٢٤ فقرة ثانيه
وأقام القانون العراقي عليها هذه المسؤولية على أساس الخطأ المفترض
فرضاً قابلاً لإثبات العكس .

الباب السابع

المسئولية عن فعل الجمادات

تمهيد:

إن الشريعة الإسلامية لا تعتبر أن الجمادات يمكن أن توجب مسؤولية لأنها كالعجماء لا تكتسب حقاً ولا تتحمل واجباً، إلا أن المسؤولية تترتب عن فعلها الضار الذي يكون عادة تسبباً بالقياس إلى صاحبها أو حارسها الذي يضمن ما نتج عن فعلها الضار في حاله التسبب بالمعنى والشروط التي مرّ ذكرها في جناية الحيوان وأهم التعمد بمعناه المخصوص الذي مرّ ذكره.

قال صلى الله عليه وسلم: «العجماء جبار، والبئر جبار والمعدن جبار»^(١) ومن الأمثلة المنقولة من شروح هذا الحديث المثال الآتي: (١) لو حفر أحد بئراً أو معدناً في محل يجوز له فيه ذلك، فسقط في البئر أو المعدن شخص آخر، فلا ضمان على الحافر وكذلك لو استاجر من يجهز له بئراً في ملكه فانهارت عليه فلا ضمان على صاحبها.

(١) شرح العيني على البخاري ج ٩ ص ١٠٢.

وشرح النووي على مسلم ١١ ص ٢٢٦

وكذا من أشعل نارا في يوم شديد الريح فاحرقت شيئا فإنه يضمنه
ومثل النار المساء^(١).

(١) يراجع الحرسى ج ٨ ص ١١١

في القانون الانجليزى نجد نفس الموضوع ولكن بشيء من التفصيل
واليك ما جاء في كتاب اندرهل الطبعة ١٦ في قانون المسؤولية المدنية المادة ٨٧ :

Art. 87 :

Duty to keep fire from doing Mischief.

- (1) If a person intentionally makes a fire on his land he must see that it does no harm to others and answer for the damage if it does.
- (2) If a person by his negligence allows a fire to arise on his land he is liable if it spreads to his neighbour's land and does damage.
- (3) If a fire accidentally arises on a person's land and it spreads without negligence on his part he is not answerable.
- (4) Where a person brings fire into dangerous proximity to another's land without statutory authority he does so at his peril, and is liable if it does damage. If he has statutory authority he is only liable if the damage results from negligence in using his statutory powers.

وترجمة المادة ٨٧ باختصار كالآتي :

« أ » الشخص الذى يحدث نارا في أرضه يكون مسئولاً عما تحدثه

من ضرر بالغير •

« ب » اذا سمح شخص باهماله لأن تنتشر النار يكون مسئولاً عما تسببه

من اضرار بالآخرين •

=

ومن هذه الأمثلة نستدل على أن الأصل في الفقه الإسلامي حتى يحتمل الضمان إذا تسبب الجهاد في إتلاف نفس أو مال مالم يتوافر اشتراطات لازمة لتضمين صاحبه ومن ثم فإن معرفة الضمان تستلزم حتى (هذا الباب) ميدان للاجتهاد والاختلاف في المذاهب الإسلامية بما لا يكون له في التطبيق مفهوم الحديث الشريف سالف الذكر على القضايا العملية .

وأما في القوانين الحديثة فإن الأصل في الإضرار التي تحدث للنفس أو المال نتيجة فعل الجمادات الضمان بخلاف القائلين بتسليم نظرية المخاطرة أو التبعية لا يشترطون إثبات خطأ صاحبها لأن القائلين بنظرية الخطأ المفترض يفترضون وجوده افتراضاً .

جاء في القانون المدني المصري الجديد مثلاً في المادة ١٧٨ : « كل من يتولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة وحراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولاً عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر مالم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يدره فيه ، هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة .

وجاء في قانون الموجبات والعقود اللبناني المادة ١٣١ منه المعدلة بالمرسوم الاشتراعي عدد ٥١ المؤرخ في ٥ تشرين الثاني سنة ١٩٣٢ :

= « ج » إذا انتشرت النار قضاء وقدرًا على أرض شخص ثم بغير إهمال منه تعدت إلى أرض غيره يكون غير مسئول عما تنتج .

« د » إذا أحضر شخص نارا خطرة بالقرب من ملك غيره وبغير مسوغ قانوني يكون مسئولاً عما تحدثه من أضرار مالم يثبت إهماله في تحذيره أو تخويله ذلك فإنه لا يكون مسئولاً إلا عما ينتج عن إهماله في حدود سلطته .

« أن حارس الجوامد المنقولة وغير المنقولة يكون مسئولاً عن الأضرار التي تحدثها تلك الجوامد ، حتى في الوقت الذي لا تكون فيه تحت إدارته أو مراقبته الفعلية كالسيارة وقت السير أو الطائرة وقت طيرانها أو المصعد (الأسانسير) وقت استعماله وتلك التبعة الوضعية لا تزول إلا إذا أقام الحارس البرهان على وجود قوة قاهرة أو خطأ من المتضرر ولا يكفي أن يثبت الحارس أنه ارتكب خطأ . . »

ونرى في القانون الإنجليزي نفس هذه القاعدة الواردة في نص القانون اللبناني ولكن واضحة في الضرر الحاصل من الأشياء الخطرة فقط وتشهد هذه القاعدة عند الإنجليز في قضية « رايلاند على فليتشير » وهي قضية صدر حكمها في عام ١٨٦٨ بإنجلترا وتركت مبدأ عاماً يتلخص في أن من وضع في ملكه شيئاً شديداً الخطر يكون مسئولاً عن الضرر الذي ينشأ عنه وإن لم يكن صاحبه مهملًا في وضعه . (١)

(١) يراجع كتاب اندرهيل في المسؤولية المدنية مادة ٨٥
See Undeirhill -- law of torts -- art 85

الفصل الأول

المسئولية عن فعل الابنية وملحقاتها في الشريعة والقانون :

المبحث الأول

المسئولية الناتجة عن سقوط الحيطان والابنية في الشريعة :

لا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية في أن من بنى حائطا مائلا إلى الطريق أو إلى ملك الغير ابتداءً من وقت بنائه يكون مسئولاً عن كل ما يحدثه سقوط ذلك الحائط من أضرار بالآخرين لأن البناء كان فيه عيب تسبب في سقوطه فنجم عن ذلك تعد على حقوق الآخرين الذين لهم حق المرور بالقرب منه .

ويجوز هذا الحكم بوجه عام على جميع الابنية المائلة والخارجة إلى الطريق ، كاشراع الجناح أى « أجراج الجذوع من الجدار إلى الطريق والبناء عليه ، ونحوه »^(١) .

وقد اختلف الفقهاء في الحائط الذى بنى مستقيماً ثم مال بعد حين :

هل يضمن صاحبه ما يحدثه من الضرر لسقوطه أم لا يضمن ؟

(١) « أ » درر الحكم ج ٢ ص ١١١

« ب » الوجيز ج ٢ ص ١٥٠

« ج » الحرشى ج ٨ ص ١١١ جاء فيه « من بنى حائطا مائلا ضمن

من غير تفصيل » •

« د » جاء فى المعنى ج ٧ ص ٨٢٧ ما يأتى : « واذا بنى فى ملكه =

وينحصر اختلافهم في آراء ثلاثة وهي (٢) :

الرأى الأول : هو رأى امام الشافعى وأبو سعيد الاصطخرى ويقول بعدم الضمان فى جميع الأحوال ، سواء طلب من صاحبه هدمه أم لم يطلب منه ذلك (١) .

« حائطا ماثلا الى الطريق او الى ملك غيره فتلغ به شئ »
وسقط على شئ فأتلفه ضمنه لأنه متعد بذلك فانه ليس له الانتفاع بالبناء فى هواء ملك غيره أو هواء مشترك ولانه يعرضه للوقوع على غيره فى غير ملكه فأشبه ما لو نصب فيه منجلا يصيد به وهذا مذهب الشافعى ولا أعلم فيه خلافا » .

(٢) « أ » المبسوط ج ٢٧ ص ٩ ، « ب » والميزان ج ٢ ص ١٢٥ جاء فيه ما يأتى :

« ومن ذلك قول أبى حنيفة انه اذا مال حائط انسان الى طريق أو ملك غيره ثم وقع على شخص فقتله فان كان طولب بالنقض فلم يفعل مع التمكن ضمن ما تلف بسببه والا فلا مع قول مالك وأحمد فى احدى روايتيهما أن عليه الضمان ان لم ينقض زاد مالك بشرط أن يشهد عليه بالامتناع من النقض مع القدرة عليه ومع قول مالك فى الرواية الاخرى أنه ان بلغ الخوف الى حد لا يؤمن معه الاتلاف ضمن ما أتلفه سواء تقدم طلب أو لا وسواء أشهد أم لا ومع قول أحمد فى الرواية الاخرى وأصحاب الشافعى فى أصح الوجهين انه لا يضمن فالأول مفصل والثانى فيه تشديد والثالث مخصص فرجع الأمر الى مرتبى الميزان » .

« ج » المغنى ج ٩ ص ٥٧٢

(١) جاء فى المهذب ج ٢ ص ١٩٣ ما يأتى : اذا بنى حائطا فى ملكه فمال الحائط الى الطريق ووقع على انسان فقتله ففيه وجهان احدهما وهو قول أبى اسحق انه يضمن لأنه لما مال الى الطريق لزمه ازالته فاذا لم يزله =

الرأى الثانى : وهو رأى الإمام أحمد بن (١) حنبل وابن أبى ليلى وأبو ثور واسحق ويقول : بأن صاحب الحائط يضمن الضرر الذى يحدث بسقوط البناء مطلقا ، سواء طالب منه الهدم عند ميله أم لم يطلب .

الرأى الثالث : هو رأى الجمهور من الفقهاء ومن بينهم الإمام مالك وأصحاب بن حنبل ، وهذا الرأى عند الحنفية استحسان يخالف القياس الذى يقضى بعدم الضمان مطلقا كالرأى الأول .

== حصار متعديا بتركه فضمن من هلك به كما أو وقع حائطا مائلا الى الطريق . وترك نقضه حتى هلك به انسان - والثانى وهو قول أبى سعيد الاصطخرى . انه لا يضمن وهو المذهب لانه بناء فى ملكه ووقع من غير فعله فاشبه ما اذا وقع من غير ميل « »

(١) يراجع المغنى ج ٧ ص ٨٢٨ فقد جاء فيه ما يأتى : « وان مال قبل وقوعه الى هواء الطريق أو الى ملك انسان أو ملك مشترك بينه وبين غيره . نظرنا فان لم يمكن نقضه فلا ضمان عليه لأنه لم يتعد بنيانه ولا فرط فى ترك نقضه بمنجزه عنه فأشبه ما لو سقط من غير ميل فان أمكنه نقضه فلم ينقض . لم يخل من حالين : أحدهما - أن يطالب بنقضه ، والثانى - أن لا يطالب به ، فان لم يطالب به لم يضمن فى المنصوص عن أحمد وهو ظاهر كلام الشافعى . ونحوه قال الحسين والنخعى والثورى وأصحاب الرأى لأنه بناء فى ملكه . والميل حادث بغير فعله فأشبه ما لو وقع قبل ميله وذكر بعض أصحابنا فيه وجه آخر أن عليه الضمان وهو قول ابن أبى ليلى وأبو ثور واسحاق لأنه متعد بتركه مائلا فضمن ما تلف به كما لو بناء مائلا الى ذلك ابتداء ولانه لو طولب بنقضه فلم يفعل ضمن ما تلف ولو لم يكن ذلك موجبا للضمان لم يضمن بالمطالبة كما لو لم يكن مائلا أو كان مائلا الى ملكه ، واما أن طولب بنقضه فلم يفعل فقد توقف أحمد عن الجواب فيها ، وقال أصحابنا يضمن وقد اؤمأ اليه أحمد وهو مذهب مالك ، ونحوه قال الحسن والنخعى والثورى » →

يرى أصحاب هذا الرأي وجوب الضمان إذا تقدم أحد أصحاب العلاقة وطلب (١) صاحب الحائط بهدم الحائط قبل سقوطه أما إذا سقط الحائط قبل المطالبة واقتلف إنسانا أو مالا أو أحدث بهما ضررا فلا ضمان على مالك الحائط لأنهم يشترطون لأجل الضمان في هذه المسألة أن يطلب أحد أصحاب العلاقة بهدم الحائط قبل سقوطه .

دليل الرأي الأول : يدعم أصحاب هذا الرأي رأيهم بأن صاحب الحائط بناه في ملكه والسقوط حدث بغير فعله (٢) فأشبه ما إذا وقع من غير ميل .

(١) المطالبة هي التنبيه والتوصية بدفع الضرر المحفوظ وإن ألته قبل وقوعه بوقت كاف للهدم ، وبشرط أن يكون الطلب صادرا ممن له حق في المطالبة ، ويستحسن احتياطات الاشهاد عليه حتى يمكن اثباته إذا أنكر صاحب الحائط (تراجع مجلة الأحكام العدلية المادة ٨٨٩) ويراجع الخواشي ج ٨ ص ١١١ جاء فيه : « يضمن من سقط جداره على شيء فاتلفه بشرط ثلاثة : الأول - أن يميل بعد أن كان مستقيما فلو بناه مائلا يضمن من غير تعطيل . الثاني - أن ينذر صاحبه أي أن يقال له أصلح جدارك ويشهد عليه بذلك وصرح بقوله صاحبه المرتفع والمستعير والمستأجر فلا يعتبر الاشهاد عليهم إذ ليس لهم الهدم . الثالث - أن يمكن تداركه أي بأن يكون هناك زمان متسع يمكن الإصلاح فيه والا فلا ضمان . »

(٢) « أ » المذهب ج ٢ ص ١٩٣ طبعة الحلبي .

« ب » المدونة الكبرى ج ١٦ ص ٢٤٧

« ج » البحر الرائق ج ٨ ص ٣٥٥

« د » فتح القدير ج ٨ ص ٣٤١

« ه » الفتاوى الخانية ج ٣ ص ٥٠٢ فما بعدها بهامش الهنذية .

دليل الرأى الثانى : يستدل أصحاب هذا الرأى بأن صاحب الحائط
متعد بتركه مائلا فضمن ماتف به كما لو بناء مائلا فضمن ماتف به كما لو بناء
مائلا إلى ذلك ابتداء (١) .

دليل الرأى الثالث : ويمكن أن يستدل لهؤلاء بأن حق المرور للمسلمين
وميل الحائط يمنعهم ذلك فلهم المطالبة بإزالته فإذا لم يزل ضمن كما لو وضع
عدلا على حائط نفسه فوقع فى ملك غيره فطوب برفعه فلم يفعل حتى
عثر به إنسان فإنه يضمن .

وهذا الرأى يفصل فيقول بعدم الضمان إذا لم تكن مطالبة بالهدم ،
وبالضمان إذا كانت هنا لك مطالبة بالهدم ويشترط أصحاب هذا الرأى
للضمان تقدم المطالبة إلى صاحب الحائط لأن الضمان يقع عليه ولهذا لا تصح
عندهم مطالبة المستودع والمستعير والمستأجر والمرتهن لأنه ليس لهم ولاية
النقض للحائط المائل (٢) .

ومثل الحائط المائل عند الفقهاء الحائط المتشقق الذى يخشى منه
السقوط « كالمتشقق بالعرض » فإن حكمه حكم الحائط المائل لأنه يخشى
منه التلف (٣) .

(١) يراجع المغنى ج ٧ ص ٨٢٨

(٢) البدائع ج ٧ ص ٢٨٤ والمغنى ج ٧ ص ٨٢٨

الهداية ج ٤ ص ١٥٩

(٣) « أ » مجمع الضمانات ص ١٨٤

« ب » هامش الحرشى على المختصر ج ٨ ص ١١١

« ج » المغنى ج ٧ ص ٨٢٨

« د » وجاء فى مجمع الضمانات ص ١٨٢ ما نصه : =

والذى يظهر من هذا رأى الأخير هو أن أصحابه خففوا على صاحب الحائط المستقيم الذى مال ثم سقط وسبب ضررا للغير ، لأنهم لم يوجبوا مسؤوليته إلا إذا كان تقصيره ظاهرا وواضحا إلى حد يمكن من لهم علاقة بالحائط بتنبهيه لمنع الضرر عنهم وينعدم بمطالبتهم للعذر عنه بجمله بميل الحائط .

وأما رأى الأول القائل بعدم الضمان فإنه يعدم موافقته للعدل والانصاف وعدم مراعاته لمصالح الناس وحقوقهم فى نظرى ضعيف .
وأما أصحاب رأى الثانى الذى يوجب الضمان بدون مطالبة سابقة

= « رجل مال حائط داره الى الطريق أو الى ملك انسان فسقط واتلف انسانا أو مالا ، ان سقط قبل المطالبة والاشهاد لا ضمان عليه وإن طولب بنقضه واشهد عليه فلم ينقضه فى مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما اتلف من نفس أو مال وشرط وجوب الضمان المطالبة بالاصلاح والتفريغ ولا يشترط الاشهاد وإنما ذكر الاشهاد ليتمكن من اثباته عند انكاره فان كان الحائط مائلا الى الطريق فأى الناس أشهد على صاحبه فهو اشاد ويستوى فيه المسلم والذمى رجلا كان أو امرأة حرا كان أو مكاتباً وإن كان الى دار انسان فالمطالبة الى مالك الدار خاصة وإن كان فيها سكان كالمستجير والمستأجر كان لهم أن يطلبوه وتصح المطالبة بالتفريغ عند القاضى وغيره ، أو لم يكن هناك أحد وشرطها أن يكون ممن يتمكن من نقضه وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن من نقضه لا تصح المطالبة منه كالارتهن والمستأجر والمودع وساكن الدار وتصح من الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكك ومن الوصى ... وصورة الاشهاد والمطالبة أن يقول الرجل أشهدوا انى تقدمت الى هذا الرجل فى هدم حائطه هذا ، كذا فى النهاية . قال قاضىخان وصورة الاشهاد اذا كان مائلا الى الطريق أن يقول له واحد أن حائطك هذا مائل أو متخوف أو متصدع فأهدمه ... »

فانه يشدد على صاحب الحائط الخطر ويوجب عليه أن يتنبه من عند نفسه إلى سلامة ممتلكاته ويعتبر ميل الحائط ونشقه سببا كافيا للتقصير الموجب للمسئولية ، ولهذا هو أقرب الآراء الثلاثة للنظرية القانونية المعاصرة وبوافق المصلحة العامة ويعتبر صاحب الحائط الخطر إجتماعيا بطبعه يلزمه أن يتصرف تصرفا يراعى فيه أموره بتبصر وعقل حتى لا يضر بغيره جهد الطاقة .

المطلب الأول :

شروط تحقق المسؤولية من سقوط البناء :

إن فقهاء الشريعة الإسلامية لا فرق عندهم في أحكام تحقق المسؤولية من سقوط البناء بين الضرر الذى يقع على نفس الإنسان وبين الضرر الذى يقع على أى شئ آخر من حيوان أو بناء أو متاع إذا تحققت الشروط الآتية وهي :

الشرط الأول : أن يكون للجهد (الذى تسبب فى الضرر الحادث بسقوطه) شخص له حق التصرف فيه والقدرة على رفع الضرر ولو حكما كالمالك والقيم والولى والوارث والراهن ^(١) ومثلهم أحد الشركاء ولو الورثة استحسانا حتى يستطيع المضرور مطالبته بالتعويض .

الشرط الثانى : أن يحدث الضرر بسبب سقوط البناء أو مايتصل به إلى الطريق أو إلى ملك الغير بعد المطالبة والاشهاد عند بعضهم ^(٢) فى

(١) يراجع ابن عابدين ج ٥ ص ٥٨٨ جاء فيه « ولو حكما من حيث قدرته على رفع هذا الضرر » +

(٢) « أ » يراجع مجمع الضمانات ص ١٨٣ جاء فيه « رجل مال حائط داره =

بعض الاحوال . ومن غير حاجة إلى إظهار أو مطالبة في احوال أخرى .

وعلى ضوء ما سبق آنفا يتضح جليا أن أساس المسؤولية عن سقوط البناء عند فقهاء الشريعة الإسلامية التعدي الثابت في الحكم والتقدير مثل أن يشيد الشخص بناء ماثلا من الأصل أو يشرع جناحا أو ميزابا أو شرفة إلى ملك الغير من غير اذن منه أو إلى الطريق فإن المسؤولية تثبت على الشخص بسقوطه من غير إظهار أو طلب لوضوح التعدي أو يشيد بناء مستقيما ثم يميل أو يتشقق ويخشى وقوعه فالضمان على صاحبه بعد الإظهار والطلب على رأى ، ومطلقاً على رأى آخر .^(١)

* * *

= إلى الطريق أو إلى ملك إنسان فسقط وأتلف إنسانا أو مالا ، أن سقط قبل المطالبة والإظهار فلا ضمان وإن طول بنقضه واشهد عليه فلم ينقضه في مدة يتعذر عليه نقضه حتى سقط ضمن ما أتلف من نفس أو مال ، وشرط وجوب الضمان المطالبة بالإصلاح والتفريغ ولا يشترط الإظهار وإنما ذكر الإظهار ليتمكن من إثباته عند انكاره » *

« ب » ويراجع المذهب للشيرازي ج ٢ ص ١٩٣ .

« ج » ويراجع الحرشي ج ٨ ص ١١

(١) يراجع الخلاف في الميزان ج ٢ ص ١٢٥

« أ » يراجع الخلاف في الميزان ج ٢ ص ١٢٥

« ب » ويراجع المذهب ج ٢ ص ١٩٣

المطلب الثاني :

أحكام الحائض المشترك بين عدة مالكيين والآيل للسقوط :

إذا قدم طلب الهدم إلى أحد المشتركين ، فإن الحنفية اختلفوا فيمن يضمن الضرر الذي يقع من سقوطه فإن أبا حنيفة وجمهور الفقهاء قالوا بتضمنين من طوب بالنقض بحق نصيبه مما أحدثه الحائط وذلك لأنه يتمكن من إصلاح نصيبه بطريق المرافعة إلى القاضى وقال صاحبان ان على هذا الشريك ضمان نصف الضرر (١) وسبب اختلافهم القياس لأن القياس أن لا ضمان على أحد الشركاء ولأن أحد الشركاء لا يتمكن من نقض الحائط كما لا يتمكن من بنائه .

(١) « أ » فتح القدير ج ٦ ص ٣٤٣

« ب » المبسوط ج ٢٧ ص ١٠

« ج » الزيلعى على الكنز ج ٦ ص ١٤٨

« د » المغنى ج ٧ ص ٨٢٩ جاء فيه :

« وان كان الملك مشتركاً بين جماعة فطوب أحدهم بنقضه احتمال وجهين أحدهما لا يلزمه شيء لأنه لا يمكنه نقضه بدون إذنهم فهو كالعاجز عن نقضه . والثاني يلزمه بحصته لأنه يتمكن من النقض بمطالبة شركائه والزامهم النقض فصار بذلك مفروضاً . »

(١٥ - المسئولية)

المطلب الثالث :

الضرر الناتج من عدم رفع الانقاض :

ان الحائط إذا انهدم ولم يرفع صاحبه أنقاضه ، فعثر به إنسان فعطب أو مملوك للخير فأت ، فإن الضمان يكون على صاحب الحائط المهدوم إذا طوّل برفع الانقاض فلم يفعل حتى سقط الحائط وقال بعضهم بأن عليه الضمان وإن لم يطالب برفع الانقاض وذلك عند محمد بن الحسن .
أما عند أبي يوسف فلا ضمان إلا إذا طوّل أيضاً برفع الانقاض بعد سقوط الحائط (١) .

المطلب الرابع

وقوع بعض الجادات المنقولة :

إن الضرر الذي يحصل من وقوع بعض الجادات المنقولة يعتبر

(١) البدائع ج ٧ ص ٢٨٤ جاء فيه : « ولو طوّل صاحب الحائط بالنقض فلم ينقض حتى سقط إلى الطريق فعثر بنقضه إنسان فعطب به فإن كان قد طوّل برفع النقض يضمن لأنه إذا طوّل بالرفع لزمه الرفع فإذا لم يرفع صار متعدياً فيضمن ما تولد منه وإن كان لم يطالب برفعه فلا ضمان عليه عند أبي يوسف وعند محمد يضمن ، وجه قوله أنه لما طوّل بالنقض فلم ينقض حتى سقط صار متعدياً بترك النقض فحصل التلف بسبب هو متعدي فيه فيضمن ولهذا ضمن إذا وقع على إنسان كذا إذا عطب بنقضه إنسان ووجه قول أبي يوسف أن الحائط قد زال عن الموضع الذي طوّل فيه لانتقاله عن محل الجناية وهو الهواء إلى محل آخر بغير صنع صاحبه فلا بد من مطالبة أخرى كمن وضع حجراً في الطريق فدحرجته الريح إلى موضع آخر فعطب به إنسان فإنه لا ضمان على الواضع كذا هنا « ، « ، « .

ناضراً بالتسبب ولا ضمان على المتسبب إلا بالتعمد ولا ضمان عليه إذا
انعدم التعمد أى التقصير أو عدم التحرز مع القصد .
ومن الأمثلة على ذلك :

ان يضع شخص جرة أو حجراً على حائطه أو سطحه وضعا متطرفا
ونحو الطريق العام أو فوق ملك الغير فترميه الريح على إنسان فتقتله أو تجرحه
أو ترميه على شيء فتتلفه ، فان الواضع لذلك يضمن لما يحدثه وقع الجرة
أو الحجر من الضرر لأنه متعدد فى عمله الذى وقع تسبباً منه كالذى يبنى
حائطاً مائلاً^(١) .

وعند الإمام أبى يوسف من الحنفية لو وضع كل من رجلين جرة
فى الطريق العام فتدحرجت إحدى الجرتين على الأخرى فانكسرتا
جميعاً فان كلا منهما يضمن ما تلف لصاحبه^(٢) .

قال أصحاب الشافعى ان وقعت خشبة ليست مركبة على حائطه وجب
عليه ضمان ما أتلفت .

وقال الحنابلة ، إذا وضع جرة على سطحه أو حائطه أو حجر أفرمته
الريح على إنسان فقتلته أو شيء أتلفه لم يضمن لأن ذلك من غير فعله

(١) « أ » جامع الفصولين ج ٢ ص ١٢٢

« ب » المغنى ج ٧ ص ٨٢٨ جاء فيه « كما لو وضع عدلاً على حائط
نفسه فوق فى ملك غيره فطولب برفعه فلم يفعل حتى

عثر به انسان يتعين الضمان » *

(٢) « أ » جامع الفصولين ج ٢ ص ١٢٢

« ب » مجمع الضمانات ص ١٤٩

« ج » الفتاوى الحانية ج ٣ ص ٤٩٨

« د » المغنى ج ٧ ص ٨٣٠

ووضعه له كان في ملكه ويحتمل أن يضمن إذا وضعها متطرة لأنه تسبب في القائها وتعدى بوضعها فأشبهه من بني حائطاً ما تلا (١).

المطلب الخامس

سقوط ما يلحق بالحائط من الشرفات والمصاعد والميازيب والأجنحة:

إذا شيد شخص شرفة أو مصعداً أو ميزاباً أو جناحاً مطلاً على ملك الآخرين أو الطريق العام ومتصلاً بالبناء فإن المسؤولية تثبت على صاحبه بما يتلف بسقوطه لأن في البناء تعدياً منذ الإبتداء ولأنه شغل هواء الغير وهواء الطريق بغير حق وهما في الحكم كامل ملك الغير وكان الأول ملك للغير والثاني حق للمارة وعلى من أحدث فيهما شيئاً يكون متعدياً وعليه الضمان .

قال الحنابلة (٢) بمسئولية من بني حائطاً أو ميزاباً إلى الطريق أو إلى

(١) المغنى ج ٧ ص ٨٣١

(٢) يراجع المغنى ج ٧ ص ٨٣١ جاء فيه :

« وان اخرج ميزاباً الى الطريق فسقط على انسان أو شيء فأتلفه ضمنه . وبهذا قال أبو حنيفة وعن مالك أنه لا يضمن ما أتلفه لأنه غير متعد بإخراجه فلم يضمن ما تلف به كما لو أخرجه على ملكه وقال الشافعي : ان سقط كله فعليه نصف الضمان لأنه تلف بما وضعه على ملكه وملك غيره وان انتصف الميزاب فسقط منه ما خرج من الحائط ضمن جميع ما تلف به لأن كله في غير ملكه . ولنا ما سبق في الجناح ولا نسلم أن اخراجه مباح فانه أخرج الى هواء ملك غيره شيئاً يضربه فأشبهه مالو أخرجه الى ملك آدمي معين بغير اذنه فاما ان أخرج الى ملك آدمي معين شيئاً من جناح أو ميزاب أو غيره فهو متعد ويضمن ما تلف به لا أعلم فيه تخلافاً » .

ملك غيره فسقط على شيء فأتلفه وأن على صاحبه الضمان لأنه معتد بذلك
ولا خلاف بين جمهور المقهاء في ذلك^(١) .

(١) « أ » يراجع المبسوط ج ٢٧ ص ٦ جاء فيه « وإذا أخرج من
حائطه جذعا أو صخرة شاخصة في الطريق أو شرع
كنيفا أو حياضا أو ميزابا أو وضع في الطريق جذعا
فهو ضامن لما أصاب من ذلك لأنه منسب لهلاك ما تلف
بما أحدثه هو ، ومتعد في هذا التسبب لأنه أحدث في
الطريق ما يتضرر به المارة أو يحول بينهم وبين المرور
في الطريق الذي هو من حقهم ووجوب الضمان لصيانة
دم المتلف من الهدر » .

« ب » يراجع مواهب الجليل للخطاب ج ٦ ص ٣٢٢ جاء بهامشه
للمواق ما يأتي :

« كسقوط ميزاب - ابن شاس ، من سقط ميزابه على
رأس إنسان فلا ضمان عليه » .

« ج » يراجع الخرشى على المختصر ج ٨ ص ١١١ - ١١٢ جاء
فيه : « كسقوط ميزاب أو بعث ريح ل نار (ش) يعني
أنه من اتخذ ميزابا لمطر فسقط على شيء فأتلفه من نفس
أو مال فانه لا ضمان عليه بل هو هدر ومثله الظلة وحفر
البئر أو السرب للماء في دارة وأرضه حيث يجوز له
اتخاذها قال المؤلف وينبغي أن تعتبر هذه الأمور بما في
مسئلة الجدار » .

وقد جاء في صفحة ٢٢١ بخصوص قيود الجدار ما يأتي :
« وكذلك يضمن من سقط بجداره على شيء فأتلفه بشروط

ثلاثة :

المبحث الثاني

المسئولية عن فعل الابنية وملحقاتها في القانون

المطلب الأول :

مسئولية مالك البناء :

إن التقنين المدني العراقي في المادة ٢٢٩ يلتزم في شأن مسؤولية مالك البناء حكم القواعد العامة ويشترط ثبوت خطأ المالك مع تسهيله لإثبات هذا الخطأ إلى حد كبير .

= (الأول) أن يميل بعد أن كان مستقيماً فلو بناء مائلاً

يضمن من غير تفصيل *

(الثاني) أن ينذر صاحبه أي بأن يقال له أصلح

جدارك ويشهد عليه بذلك عند من له النظر لا أن أشهد

عليه عند غيره فإنه لم يشهد عليه لم يضمن ولو كان

مخوفاً ما لم يقر بذلك ***

(الثالث) أن يمكن تداركه أي بأي يكون هناك زمان

متسع يمكن الاصلاح فيه والا فلا ضمان *** »

« د » يراجع أيضاً المذهب للشيرازي ج ٢ ص ١٩٣ جاء فيه

ما نصه :

« وان أخرج جناحاً الى الطريق فوقع على انسان ومات ضمن

نصف دية لأن بعضه في ملكه وبعضه خارج من ملكه

فيسقط نصف الدية لما في ملكه وضمن نصفها للخارج

من ملكه *** وان نصب ميزاباً فوقع على انسان فمات به

ففيه قولان ، قال في القديم لا يضمن لأنه مضطر اليه

ولا يجد بداً منه بخلاف الجناح وقال في الجديد يضمن

لأنه غير مضطر اليه لأنه كان يمكنه أن يحفر في ملكه

بشراً يجرى الماء اليها فكان كالجناح » *

والمادة ٩٧ / ٨٩ من القانونين التونسي والمراكشي نصتا على أن المسؤولية ليست ملازمة لمالك البناء بل قابلة للانتقال إلى من يتولى العناية به .

ونصت المادة ١٧٧ من التقنين المدني المصري والمادة ١٧٨ من التقنين السوري والمادة ١٨٠ من التقنين الليبي على أن المصاب يعفى من عبء إثبات نقص في صيانة البناء أو عيب في تشييده ، ويسكف المالك أن ينفي ذلك ، ثم يخفف عن المالك ويجعل هذه المسؤولية غير لازمة للملكية بل مرتبطة بالحراسة .

هذا ، وجاء في الفقرة الأولى من التقنين المدني المصري في المادة ١٧٧ أن :

« حارس البناء ولو لم يكن مالكا له مسئول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ولو كان انهداماً جزئياً ، مالم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم البناء أو عيب فيه ، فمسئولية الحارس مقررة ابتداء حتى ينفي الحارس وجود نقص في الصيانة أو عيب في البناء كان سبباً في إنهدامه .

هذا ، وقد جعل المشرع للجيران الحق في توقي الإنهدام قبل حصوله ، وذلك في الفقرة الثانية من نفس المادة السابعة في القانون المدني المصري . كما جعلت لهم الحق أيضاً (إذا لم يقيم المالك بعمل اللازم لدرأ الخطر المتوقع من البناء) في الحصول على إذن من القاضى لاتخاذ التدابير اللازمة على حساب الحارس .

المطلب الثانى

شروط مسؤولية حارس البناء :

لا مسؤولية على حارس البناء إلا إذا توافر شرطان :

الشرط الأول : أن يكون الضرر ناتجاً عن تهميد البناء^(١) ، وذلك بتفكك بعض أجزائه وانهيائه كله أو بعضه .

الشرط الثاني : هو أن يكون للبناء المهتمد حارس وقت إنهدامه يتناط به صيانة البناء وحفظه والإشراف عليه ، ويتمتع بالسيطرة الفعلية عليه لحساب نفسه كالمقاول الذى عهد إليه إقامة البناء أو تعلقته أو تدعيمه ، وكالمشتري الذى تسلم البناء قبل تسجيله ، وكالذى له حق الانتفاع مثل المرتهن رهن الحيازة ، وكالمغتصب أو الحائز للبناء بحسن نية .

هذا ، وإذا تعدد مالكو البناء تكون المسؤولية المترتبة على لأضرار الناتجة من تهميده تضامنية بينهم .^(٢)

المطلب الثالث :

من يستفيد من المسؤولية :

يستفيد من المسؤولية المصاب وحده دون غيره ، مالم يكن بينه وبين الحارس الذى وقعت عليه المسؤولية عقد يلزم المصاب بصيانة البناء ومنعه من الأضرار به ، وذلك كالمستأجر من المالك .

المطلب الرابع :

أساس المسؤولية المفترضة :

إن أساس المسؤولية المفترضة على حارس البناء تقوم على أساسين :

(١) البناء هو مجموعة مواد جعلت وحدة متماسكة ومتصلة بالأرض اتصال قرار بقطع النظر عن الغرض الذى بنى من أجله كالعمائر والكبارى والأتفاق والمرافق وجدران المجارى الخ ***

(٢) تراجع المادة ١٦٩ من التقنين المدنى المصرى .

الأساس الأول : افتراض الخطأ الشخصي في الحارس فرضاً قابلاً
لإثبات العكس^(١) .
الأساس الثاني : ضمان الحارس الحالى أخطاء غيره من الحارسين
السابقين .

فإذا لم ينف الحارس الخطأ عن نفسه كان مسئولاً على أساس خطئه
المفترض أما إذا نفاه كان مسئولاً باعتباره ضامناً أخطاء غيره وفي هذه
الحالة تكون مسئوليته مسئولية تبعية تندفع بالقوة القاهرة التي تحول
دون قيام المقاول مثلاً بما كان يجب عليه فيما يتعلق بإتقان تشييد البناء
أو بالسهر على صيانتته إذا فرض حدوث تهمد البناء قبل زوال تلك
القوة القاهرة .

المطلب الخامس

المطالبة بدردء خطر تهمد البناء :

ان كلا من التقنين المصرى والسورى واللىبى والعراقى فى المواد ١٧٧
١٧٨/١٨٠/٢٢٣ قد أضاف حكماً وقائياً يسمح لمن يكون مهدداً بضرر
يصيبه من تهمد البناء أن يطالب المالك دون الحارس لأن المالك هو الذى
يتحمل تكاليف البناء وصيانتته، وعليه وحده أن يتخذ ما يلزم من التدابير
الضرورية لدردء الضرر .

وقد نص التقنين اللبناى فى المادة ١٣٣ على :

« ان مالك البناء مسئول عن الضرر الذى ينشأ عن هبوطه أو تهمد
جانب فيه حين يكون سبب هذا الحادث نقصاً فى صيانة البناء أو عيباً فى
بنيانه أو قدماً فى عهده » .

(١) « أ » الصدة فى مصادر الالتزام نبذة ٥٢٣ - ٥٢٨

« ب » الوسيط للشهورى ج ١ نبذة ٢٧١

« وتلك التبعة تلحق مالك سطح الأرض إذا كانت ملكية السطح منفصلة عن ملكية الأرض ، ، .

« أما إذا كانت صيانة البنيان من واجب شخص غير المالك فتبقى التبعة ملقاة على عاتق المالك . وإنما يحق له أن يرجع على ذلك الشخص ويمكنه أن يدخله في دعوى التبعة ، .

« وجميع هذه القواعد يجب تطبيقها وان يكن المالك والمتضرر مرتبطين بموجب سابق مالم يكن ثمت نص قانوني على العكس ، ، .

وينص كل من التقنين التونسي والمراكشي في المواد ٨٩/٩٧ على الآتي : —

« يسأل مالك البناء أو أى تشييد آخر عن الضرر الذى ينشأ بسبب تهدم جزء منه متى كان هذا أو ذلك راجعاً إلى القدم أو إلى نقص الصيانة أو إلى عيب فى التشييد . ويسرى ذلك أيضاً فى حالة تساقط أو تهدم شئ مما يعتبر جزءاً من العقار كالأشجار والآلات المركبة فى البناء وغيره من الملحقات التى تعتبر عقارات بالتخصيص ، وتقع هذه التبعة على كاهل مالك سطح الأرض فى الحالات التى تنفصل فيها ملكية الأرض .

فاذا كانت صيانة البناء منوطة بشخص آخر غير مالكة سواء أكان ذلك بموجب عقد أم كان بموجب حق انتفاع أو أى حق عيني آخر وقعت التبعة على عاتق ذلك الشخص .

وإذا كانت الملكية متنازعا عليها ، وقعت التبعة على عاتق من يحوز البناء وقت تهدمه ، ، .

الفصل الثاني

التبعية عن فعل الآلات وملحقاتها في الشريعة والقانون :

المبحث الأول

التبعية عن فعل الآلات وملحقاتها في التشريع الإسلامي :

المباشر في التشريع الإسلامي يسأل عن فعله مطلقا ، والمتسبب يسأل
أن كان متعديا متعمدا .

ومن قواعد المباشر والمتسبب وأحكامهما العامة ، ومن بعض الأمثلة
الواردة في كتب الفقه (وقد ردها ابن قاضي سمانه إلى أصليين هما :

الأصل الأول : أن من وضع جمادا في موضع كان له حق الوضع فيه ،
يبرأ على كل حال .

أما إذا لم يكن له حق الوضع فيه ضمن لو لم يزل عن محل وضعه إلا
بعد ما زال عنه بمزيل .

الأصل الثاني : كل فعل مالم يؤذن فيه ضمن فاعله ماتولد منه ^(١) .

ومن كل ما ذكر آنفاً يمكننا القول بأن صاحب الجمادات الأخرى غير
المباني إذا حدث منها ضرر للغير يضمن مادامت في مكان التعدي ،
ولا يزول الضمان عن صاحبها مالم تزل عن ذلك المكان ، خطرة كانت
الجمادات أم غير خطرة .

مثلا إذا أوقف صاحب سيارة سيارته في غير المحل المعد لها عادة وفي
الطريق العام ، ثم تدخر جت وسببت ضرراً بالغير فانه يضمن لتسببه في الضرر .

(١) جامع الفصولين ج ٢ ص ٨٨ .

وكذلك يضمن من دهس شخصاً بسيارته فمات (سواء كان يقودها بسرعة فائقة أو من غير إضاءة لمخالفته بذلك قواعد المرور) .
هذا وقد بحث الفقهاء في كتبهم أحكاماً لمسائل اصطدام الجمادات فذكر منها :

المطلب الأول :

اصطدام السفن :

إذا حصل الاصطدام بين سفينتين بسبب قاهر أو مفاجيء كهبوب الريح أو العواصف ، فإنه لا ضمان فيه .
أما إذا حصل بسبب تقريط أحد رباني السفينتين أثناء سيرهما متساويتين في بحر أو نهر ، فإن المفريط يضمن الأضرار التي لحقت بالآخرين ^(١) .

(١) « أ » اراجع المعنى ج ٨ ص ٣٤٢ فما بعدها جاء فيه مايتى :
« سأله قال وإذا وقعت السفينة المنحدرة على الصاعدة ففرقتا فعلى المنحدر قيمة السفينة الصاعدة أو ارش ما نقصت أن أخرجت إلا أن يكون قيم المنحدرة غلبته الريح فلم يقدر على ضبطها » .

وجملته : ان السفينتين اذا اصطدما لم يخلوا عن حالين :
أحدهما أن تكونا متساويتين كاللتين في بحر أو ماء واقف ، والثاني :
أن تكون احدهما منحدرة والاخرى مصاعدة ، فنبدأ بما اذا كانت احدهما منحدرة والاخرى مصاعدة لأنها مسألة الكتاب ولا يخلو من حالين :
(١) أن يكون القيم بها مفرطاً بأن يكون قادراً على ضبطها أو ردها عن الأخرى فلم يفعل أو أمكنه أن يعدلها الى ناحية أخرى فلم يفعل أو يكمل آلتها من الحبال والرجال وغيرهما فعلى المنحدرة ضمان المصاعدة لأنها تنحط عليها من علو فيكون ذلك سبباً لفرقها فتشمل المنحدرة منزلة السائر والمصاعدة =

والتفريط : يوجد عندما يكون قائد السفينة قادراً على ضبط سفينته
أوردها عن السفينة الأخرى ولم يفعل ، وكذلك إذا كان في مكتته أن

بمنزلة الواقف ، وان غرقنا جميعاً فلا شيء على المصعد وعلى المنحدر .
قيمة المصعد أو ارش ما نقصت ان لم تتلف كلها الا ان يكون التفريط
من المصعد بأن يمكنه العدول بسفينته والمنحدر غير قادر ولا مفرط فيكون
الضمان على المصعد لأنه المقرط .

(٢) ألا يكون من واحد منهما تفريط لكن هاجت الريح أو كان الماء
شديد الجرية فلم يمكنه ضبطها فلا ضمان عليه لأنه لا يدخل في وسعه
ضبطها ولا يكلف الله نفساً الا وسعها .

الحال الثاني : أن يكونا متساويتين فان كان القيمان مفرطين ضمن كل
واحد منهما سفينة الآخر بما فيها من نفس ومال كما قلنا في الفارسين .
يصطدمان ، وان لم يكونا مفرطين فلا ضمان عليهما وللشافعي في حال عدم
التفريط قولان : أحدهما عليهما الضمان كما لو اصطدم الفارسان لغلبة
الفرسين لهما .

ولنا : الملاحين لا يسيرون السفينتين بفعلهما ولا يمكنهما ضبطهما
في الغالب ولا الاحتراز من ذلك فأنشبه ما لو نزلت صاعقة أغرقت السفينة .
ويخالف الفرسين فانه ممكن ضبطهما والاحتراز من طردهما ، وان كان
أحدهما مفرطاً وحده فعليه الضمان وحده فان اختلفا في تفريط القيم فالقول
قوله مع يمينه لأن الأصل عدم التفريط وهو أمين فهو كالمودع وعند الشافعي
انهما اذا كانا مفرطين فعلى كل واحد من القيمين ضمان نصف سفينة ونصف
سفينة صاحبه وكقوله في اصطدام الفارسين على ما مضى . . . وان كانت إحدى
السفينتين واقفة والأخرى سائرة فلا ضمان على الواقفة وعلى السائر ضمان
الواقفة ان كان مفرطاً ولا ضمان عليه ان لم يفرط على ما قدمنا .

«ب» يراجع أيضا المذهب ج ٢ ص ١٩٤ .

يعدل سيرها إلى ناحية أخرى ولم يفعل ، أو لم يكمل حاجة السفينة من الآلات والرجال وغيرهما .

أما إذا كانت إحدى السفينتين واقفة والأخرى سائرة كان الضمان على صاحب السائرة دون الواقفة ما لم يكن ربان الواقفة هو المفرط .

وأما إذا كانت السفينتان سائرتين غير متساويتين إن كانت إحداهما منحدره والأخرى صاعدة ، فالضمان على صاحب المنحدرة لأنها تنحدر عليها من علو ، والصاعدة بمنزلة الواقفة إلا إذا ثبت أن صاحب الصاعدة كان مفرطاً .^(١)

ومن هذه الأمثلة يمكننا أن نأخذ مبدأ عام للشرعية الإسلامية لحوادث الاصطدام بوجه عام .

(١) « أ » يراجع الشرح الكبير ج ٥ ص ٤٥٦ .

« ب » يراجع المبسوط للسرخرى ج ٢٦ ص ١٩٠ « إذا اصطدم الفارسان فوقاً جميعاً فماتاً فعلى عاقلة كل واحد منهما دية صاحبه عندنا استحساناً وفى القياس على عاقلة كل واحد منهما نصف دية صاحبه وهو قول زفر والشافعى ، ووجه القياس أن كل واحد منهما إنما مات بفعله وفعل صاحبه لأن الاصطدام فعل منهما جميعاً فأنما وقع كل واحد منهما بقوته وقوة صاحبه ، فيكون هذا بمنزلة ما لو جرح نفسه وجرحه غيره وقتلنا استحساناً لما روى عن على (رض) أنه جعل دية كل واحد من المصطدمين على عاقلة صاحبه والمعنى فيه أن كل واحد منهما موقع لصاحبه فكأنه أوقعه عن الدابة بيده وهذا لأن دفع صاحبه إياه علة معتبرة لاتلافه فى الحكم ، فأما قوة الاصطدام فلا تصلح أن تكون علة معارضة لدفع الضادم » .

المطلب الثاني :

التبعة الناجمة من الجمادات الخطرة :

كما روى من الأصول في الصحيح عن أبي موسى الأشعري أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من مر في شيء من مساجدنا أو أسواقنا معه نبل فليمسك » أو ليقبض ، على نصالها بكفه ، أن يصيب أحداً من المسلمين منها شيء . .

إن هذا الحديث يمثل اتجاهها سليماً يمكن الأخذ به وهو أن كل خطر من الجمادات مما شابه النبال كالآلات بأنواعها يحتاج إلى عناية خاصة كالسيف والبندقية وغيرهما .

ويمثل هذا نص التقنين اللبناني في المادة ١٣١ التي عدلت فقرتها الأولى بالمرسوم الاشتراعي رقم ٥١ الصادر في ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٢ على : « أن حارس الجوامد المنقولة وغير المنقولة يكون مسئولاً عن الأضرار التي تحدثها تلك الجوامد حتى في الوقت الذي لا تكون فيه تحت إدارته أو مراقبته الفعلية كالسيارة وقت السير أو الطائرة وقت طيرانها أو المصعد وقت استعماله — وتلك التبعة لا تزول إلا إذا أقام الحارس البرهان على وجود قوة قاهرة أو خطأ من المتضرر ، ولا يكفي أن يثبت الحارس أنه لم يرتكب خطأ .

وإن وجود تماقد سابق بين الحارس والمتضرر لا يحول دون حكم إجراء التبعة الناشئة عن الأشياء إلا إذا كان في القانون نص على العكس » (في حفظه) لاسيما في المجتمعات العامة كالأسواق والمساجد مراعاة لمصلحة الجماعة وأمنها .

ولقد جاء في كتب الفقهاء ما نصه :

لو « انقلبت فأس من قصاب كان يكسر العظم فأ تلف عضو إنسان
يضمن، وهو خطأ ، والدية في ماله ، لأنه لا عاقلة للعجم^(١) » .
والذى يظهر هو أن التضمن جاء بسبب إهمال القصاب وعدم تحرزه
من الأضرار التي قد تترتب من انقلات فأسه .

المبحث الثاني

المسئولية عن فعل الآلات وملحقاته

في قوانين البلاد العربية :

إن القانون المدني المصري الجديد في المادة ١٧٨ نص على أن :
« كل من تولى حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولاً عما تحدثه هذه
الأشياء من ضرر ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يده
فيه ، هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة » .
فالمسئولية المفترضة في هذا النص مقصورة على الأضرار الناتجة من
أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة ، مثل الآلات الميكانيكية وغيرها .
هذا ، وقد قالت المذكرة الإيضاحية في ذلك :

« إن المشروع لم يعمد في هذا السبيل للتغص من غايته ، بل اجتزأ
بما تقتضيه أحوال البلاد في المرحلة الراهنة من حياتها الاقتصادية . فهو
لم يبلغ شأن القضاء الفرنسي في الحديث عن أحكامه فيما يتعلق بإطلاق
حكم هذه المسئولية على الجمادات بجميع أنواعها بل اقتصر على الآلات

الميكانيكية وبوجه عام على الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة .
وبديهي أن هذا التخصيص قصد به إلى قصر الحكم على تلك الأشياء التي
تحتاج لحراسة بسبب الخطر الملازم لها . وبهذا يكون من الميسور تصور
إقامة قرينة على خطأ في الحراسة ومهما يكن من أمر ما استحدث
المشرع في هذا الشأن ، ومهما يكن عظم نصيبه من الأهمية ، فليس يقصد
منه على أي وجه من الوجوه إلى الأخذ بفكرة المسؤولية المادية
أو الموضوعية على أساس تحمل تبعة المخاطر المستحدثة . فالمسؤولية عن
الأشياء لا تزال ، في أحكام المشرع مسؤولية ذاتية أو شخصية أساسها خطأ
مفروض (١)

ونص القانون المدني السوري في مادته ١٧١ والقانون الليبي في المادة
١٨١ بمثل النص المصري الذي سبق ذكره .

أما المشرع العراقي فقد نص في المادة ٢٣١ منه بما هو قريب من
ذلك حيث ورد فيه ما يأتي : —

« كل من كان تحت تصرفه آلات ميكانيكية أو أشياء أخرى تتطلب
عناية خاصة للوقاية من ضررها ، يكون مسئولاً عما تحدثه من ضرر مالم
يثبت أنه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع هذا الضرر ، هذا مع عدم الإخلال
بما يرد في ذلك من أحكام خاصة » .

ولقد نص كل من التقنين التونسي والمراكشي في المادة ٨٨/٩٦
على أن :

« المرء يسأل عن الأضرار التي تحدثها الأشياء الموجودة في حراسته

(١) المذكرة الإيضاحية ج ٢ ص ٢٢٠

(١٦ - المسؤوليات)

مضى ثبت أن هذه الأشياء كانت هي السبب المباشر لحدوث الضرر ما لم
يُثبت :

(أولاً) أنه بذل كل ما ينبغي لمنع وقوع الضرر .
(ثانياً) أن الضرر راجع إلى حادث فجأى أو إلى قوة قاهرة أو إلى
خطأ المصاب نفسه .

المطلب الأول

ما يشترط لقيام المسؤولية :

يلزم لقيام المسؤولية المفترضة توافر شرطين :
الشرط الأول : وقوع الضرر بسبب شيء .

الشرط الثانى : كون الشيء وقت إحداث الضرر فى حراسة من
تفترض مسئوليته . ولتوضيح هذين الشرطين نقول :
الشرط الأول : تسبب الشيء فى إحداث الضرر :

هذا الشرط يقتضى تحديد الأشياء التى يتسبب منها الضرر بالغير
وعلاقتها بالإضرار التى حدثت بواسطتها :

(١) تحديد الأشياء التى يسأل المرء عن الإضرار الناشئة منها :

بالنسبة للأشياء التى يحدث بسببها ضرر للغير ، فإن التقنينان التوابعى
والمراكشى لم يحددها بل أطلقا فيها النص بحيث يشمل كل شيء . « منقولاً »
كان أو عقاراً خطراً أو غير خطر ، به عيب أو ليس به عيب ، ما دام
يوجد فى حراسة شخص ويتطلب عناية خاصة من الحارس .

أما التقنين اللينانى فإن نصه يشمل جميع الجوامد المنقولة وغير

المنقولة بإطلاق كالقانونين التونسي والمراكشي ، ولم يشترط في الشيء الذي يسأل عنه حارسه أى شرط خاص ، سوى أن يكون ماديا جامداً غير المباني في حالة انهدامها ، لأن المشرع نص على المسؤولية التي تنشأ عنها نصا خاصا . أما غير المسادية كالآفكار والآراء بمختلف أنواعها فلا تكون في حراسة أحد وتخرج من حكم المسادة بطبيعة الحال ، وأيضاً يخرج الحيوانات بأنواعها لأنها ليست جامداً ، ولأن المشرع أفرد لها أحكاما خاصة .

فالتقنين المصري وتقنينات البلاد العربية الأخرى ، قد ضيقّت من المسؤولية المفترضة عن الأشياء إلى حد ما ، وذلك لاشتراطها أن تتطلب الأشياء التي يسأل عنها الإنسان عناية خاصة لحراستها كالآلات الميكانيكية مثل القطارات والسيارات والمصاعد ... الخ . وغيرها مثل الآلات الحادة كالسيوف والسكاكين والمباني والأشجار والأجسام الصلبة ... الخ . فكل ضرر تسبب عنها يوجب مسؤولية مفترضة بقوة القانون من غير حاجة إلى إقامة دليل على أنها تتطلب حراستها عناية خاصة .

أما غير ما ذكرنا من الأشياء فلا بد من إثبات أن حراستها تتطلب عناية خاصة ، وإلا تسبب منها أضرار بالآخرين بسبب طبيعتها أو بسبب وضعها في ظروف معينة تضاعف احتمال حدوث ضرر منها للغير .^(١)

(١) الوسيط للسنهوري ج ١ نبذة ٢٣١

أبو ستيت نبذة ٥٥٧

الصدّة نبذة ٥٥٧

حجازي سنة ١٩٥٤ ص ٥٦٣

حسين عامر سنة ١٩٥٦ نبذة ٢٥٩

٢ - تسبب الشيء في حدوث الضرر :

لا بد لقيام المسؤولية المفترضة من ثبوت علاقة السببية ، بين الشيء الذى يجعل القانون الشخص مسئولاً عنه ، والضرر الذى يطالب المصاب بالتعويض عنه .

مثل أن تدمر السيارة عابراً أثناء تحركها (١) . أما إذا ارتطم شخص بسيارة واقفة فإنه لا تعتبر السيارة تسببت في إحداث الضرر لأنها ليس لها دور إيجابى في حدوث الضرر كما في المثال السابق .

فالسببية هى الفعالة التى تتعين بما كان للشيء من أثر إيجابى في حدوث الضرر .

وليس بلام أن يكون الشيء الذى أحدث الضرر قد اتصل اتصالاً مادياً بالمضروب كأن ينفجر محرك أو مادة متفجرة « مفرقة » فتحدث دويماً مزيجاً يتسبب منه موت بعض الأشخاص ، أو الحيوانات ، أو تلف أموال للغير .

الشرط الثانى : الحراسة :

المسؤولية المفترضة لا تطبق إلا على الحارس للشيء الذى وقع بسببه الضرر وكانت له السيطرة على الشيء لحساب نفسه وفى مكنه استعماله وتوجيه ورقابته ، سواء أكان الحارس مالكا للشيء ، أو صاحب حق فيه ، أو دائناً أو مرتهناً رهن حيازة ، أو مغتصباً ، أو سارقاً أو مشترطاً تسلم الشيء بناء على عقد باطل أو أى حائز آخر حسن النية .

(١) الوسيط للسنهورى ج ١ نبذة ٧٢٨ .

هذا ولا يعتبر الخادم الذى يحفظ الشيء أو يرعاه أو يستخدمه لحساب سيده حارسا له، فمثلا السيارة تكون فى ملك وحراسة صاحبها ولو كان يقودها سائق تابع له، لأن لصاحبها سلطة استعمالها ورقابتها وتوجيه سائقها، ومثل السائق الشخص النائب كالولى والوصى والقيم والوكيل وغيرهم لأنهم يتسلمون الشيء لأداء مهمة لصالح غيرهم، وكل ذلك مالم يثبت وقوع خطأ منهم تسبب فى حدوث الضرر أو استغلوا وظائفهم واستعملوا الشيء لمصلحتهم الخاصة، وذلك لأن المالك يعتبر حارسا ولو كان قاصرا، أو لا يدرك مصالحه، أو شخصا معنويا مالم تنتقل الحراسة إلى من يباشر السيطرة الفعلية على الشيء لحساب نفسه.

المطلب الثانى :

من يستفيد من المسؤولية المفترضة :

يستفيد الشخص الذى أصابه ضرر بسبب شيء، سواء أكان ذلك الشخص أجنبيا عن الحارس أم هو الخادم أو التابع الذى عهد إليه بحفظ ذلك الشيء أو استخدامه، أم هو المالك للشيء بعد تخليه عن حيازته وجعله فى حراسة غيره.

وليس للمصاب الحق فى مطالبة الحارس بالتعويض إذا كان بينهما عقد يتعلق باستخدام الشيء الذى تسبب فى الضرر، أو كان الضرر قد وقع نتيجة اصطدام شيء فى حراسة المصاب بشيء آخر فى حراسة الحارس لتهاثر القرينتين، أو كان المصاب مشتركا فى الاستفادة من الشيء مجانا كن يقبل الركوب مجانا فى سيارة صديق ويصاب^(١) من حادث وقع للسيارة.

(١) الوسيط للسنة ٥١٥ ج ١ نبذة ٥١٥

مصادر الالتزام للصدّة نبذة ٥٣٤ - ٥٨٥

المطلب الثالث :

أساس هذه المسؤولية :

نص القانون المدني المصري الجديد في المادة ١٧٨ على أن متولى الحراسة للشيء يكون مسئولاً ، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه .

وانص على مثل ذلك القانون السوري واللبي ، وعلى ذلك تكون تبعة الحوادث التي يبق سببها مجهولاً على عاتق الحارس . وإن أساس هذه المسؤولية ليس خطأ مفترضا في الحراسة وإلا كان يقتضى جواز دفع المسؤولية بمجرد نفي الخطأ ، ولهذا فإن الرأى قد استقر على أن إحداث الشيء ضرراً بالغير يدل على أن زمامه قد أفلت من يد حارسه ، ويدل أيضاً على أن الحارس وقع فى خطأ تقوم المسؤولية المفترضة على أساسه لأنه خطأ ثابت بمجرد وقوع الضرر حقيقة لا فرضاً فقط ، ولا يعتبر راجعاً إلى سبب أجنبي عن الحارس والا انتفت المسؤولية .

* * *

المبحث الثالث

نظرية تحمل الثبعة فى الشريعة والقانون ::

إن نظرية تحمل الثبعة حين قال بها القانون فى سنة ١٨٩٠ أراد منها أن يحمى العامل من إصابات العمل وأخطار الآلات وملحقاتها فى المعامل والمصانع التى كبر نمو الصناعات بها وأصبحت الآلات تزداد زيادة هائلة ، عرّضت العمال للخطر الجسيم ، وجعلت قواعد المسؤولية العادية فى القانون

لا تكفي لضمان حقوقهم ولو كان سبب الضرر تقصير رب العمل (في ترتيب مصنعه وإهماله في إختيار آلاته وفي طريقة تركيبها وإدارتها) .

هذه النظرية قال بها في أوائل القرن الماضي العلامة « لاييه » الفرنسي واتخذها أساساً للمسئولية المدنية ، وتبعه في الأخذ بها تقريباً العلامة « سالي » الفرنسي ؛ ولقد استنتجها من المادة ١٣٨٤ من القانون الفرنسي الفقرة الأولى منها لأنها لم تشتمل على حكم للأساس الذي تقوم عليه مسئولية حراس الأشياء المنصوص على مسئوليتهم ، ومن ذلك قرراً مبدأ التبعة بدلاً عن مبدأ الخطأ لأن العدالة تقتضي أن يتحمل رب العمل الضرر ، وذلك إذا أثبت العامل المضرور الضرر وأثبت الرابطة بين الضرر وفعل الفاعل وان لم يقم هنالك دليل على الخطأ .

ولكن العلامة « جوسران » الفرنسي حدد هذا المبدأ بالأحوال التي يسكون فيها المنسبب في الضرر قد زاد المخاطر العادية الملازمة للحياة في المجتمع بإنشاء مستغل أو مصنع يرجح منه ؛ وبهذا الرأي أخذ الفقه والقضاء ولم يأخذ بنظرية تحمل التبعة على إطلاقها ولعل ذلك لأنها تهدد الناس في نشاطهم الاقتصادي باستمرار وتثنيهم عن العمل الصناعي وتحد من اتساع نطاق أعمالهم ، وسلم الفقه القانوني والقضاء بالخطأ أساساً عاماً للمسئولية ، واكتفى ببناء المسئولية على تحمل التبعة في أحوال خاصة فقط .

أما في الفقه الاسلامي فنظرية تحمل التبعة تقابل تعبير الفقهاء بقولهم « الغرم بالغنم » ومرادهم منه أن التكاليف والخسارة التي تحصل من الشيء

أو الآلة تكون على من يستفيد منه شرعاً^(١) حتى لا تتركز الأرباح في جانب ولا تترك الخسائر في جانب .

لهذا نجد الفقهاء يقولون :

١ (مؤونة رد العارية على المستعير ، لأنه قبض العارية لمنفعة نفسه فالرد واجب عليه .

٢ (ومؤونة رد الوديعة على المودع لأنه تحصل له منفعة القبض ومنفعة حفظها عائدة إليه .

٣ (وأجرة كتابة الوثيقة في المبايعة على المشتري ، لأنها لتوثيق انتقال الملكية إليه .

٤ (ونفقة اللقيط تجب على بيت المال ، لأنه إذا مات ولا وارث له يوضع ميراثه في بيت المال .

ولكنهم قبلوا هذه القاعدة بقاعدة أخرى هي « الخراج بالضمان » وهي نص حديث صحيح ، ومرادهم منها أن ما خرج من الشيء من غلة ومنفعة فهو للمشتري عوض عما كان عليه من ضمان الملك .

والملاحظ أن القاعدتين متقابلتان ولعل المراد من ذلك إيجاد التوازن بالحاق الخسارة بالمستفيد والفائدة بالخاسر .

ولهذا فالصغير غير المميز لا يسوغ تركه مطلقاً إذا اتلف شيئاً للغير بلا ضمان ، لأن العدالة والتوازن الاجتماعي في الناحية الاقتصادية يقتضى أنه إذا حصل منه الضرر مباشرة من غير تقصير في الاحتياط في حفظه^(٢)

(١) المدخل الفقهي العام ص ١٠٢٠ و ٦٥٠٠ للزرقاء .

(٢) المغنى ج ٧ ص ٨٣١

ضمن لأنه حق للغير يتعلق بماله أما في حال التسبب فلا ضمان عليه ، لعدم إدراكه ولأنه في الغالب وراء تصرفه مسئول آخر وعلى المضرور أن يبحث عنه .

هذا ، ولما كان الفقه الإسلامى يأخذ بنظرية المباشر والمتسبب ويتميز وينفرد برأى وسط بين نظرية الخطأ التى يأخذ بها أصحاب المذهب الشخصى فى القانون ونظرية الخطر أى الضرر وتحمل التبعة التى يأخذ بها أصحاب المذهب المادى ، فإن هذا التوسط من الفقه الإسلامى يحقق العدالة^(١) ويضمن الحقوق ويجبر الأضرار التى يصاب بها الآخرون فى المجتمع .

وأرى لنلم بنظرية الفقه الإسلامى فى تحمل التبعة أن نقدم لها بفكرة عن نظرية المباشر والمتسبب من القواعد الفقهية عند الفقهاء .

فن قواعدهم قولهم :

« المباشر ضامن وإن لم يتعمد »^(٢) .

(١) المقصود بالعدالة هنا العدالة القانونية التى هى قيام حقوق الأفراد فى جميع النواحي الاجتماعية والاقتصادية بوضع الضمانات التى تكفلها والوسائل التى تحميها مع مراعاة أن المقصود بالحقوق هنا الحقوق المقيدة بالحدود التى تملئها مستلزمات صالح المجتمع العام ومبررات وقاية نظامه الاجتماعى فى حدود الشريعة التى ترى أن النظام والحرية توأمان متلازمان متضامنان لأن الحرية بدون نظام فوضى والنظام بدون حرية اقتتات والعدالة المقصودة هنا هى التى تقوم على الحرية المنظمة وعلى النظام الذى يقدر حقوق الأفراد لاسيما الطبقات الفقيرة ومحدودة الدخل .

(٢) جاء فى الاشباه والنظائر لابن نجيم فى كتاب الجنايات ص ١٦٠ « يضمن المباشر وإن لم يكن متعددا فيضمن الحداد إذا طرق الحديد ففقا عناه . »

ومرادهم من هذه القاعدة تقرير أن من باشر عملاً مضرًا حصلت آثاره بالمضرور فسبب تلفاً بأي طريقة كانت فهو ضامن سواء أكان من أحدث الضرر عامداً أو مخطئاً، صغيراً كان أم كبيراً، فالطفل غير المميز مثلاً إذا انقلب على آنية شخص فكسرها؛ يكون ضامناً لما أ تلفه أو أفسده .

وقولهم :

« المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد » .

والمتسبب عندهم هو الذى يؤدى فعله الضرر إلى أحداث ضرر بالغير بطريق غير مباشر .

ولا ضمان على المتسبب فى الضرر فى التشريع الإسلامى إذا لم يتعمد .
فلا ضمان إلا بالتعدى مع الإدراك فى حال التسبب .

ومثال ذلك : أن يحفر شخص حفرة فى الطريق العام وبدون إذن من ولي الأمر ، ثم يقع فيها إنسان أو حيوان للغير ويموت . فالخافر هنا ضامن .
لأنه تعدى الحدود المأذون بها شرعاً .

بخلاف ما إذا حفر شخص حفرة فى أرضه المملوكة له ثم سقط فيها إنسان أو حيوان للغير فمات ، فلا ضمان على الخافر .

وقولهم :

« إذا اجتمع^(١) المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر »

(١) الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨١ « القاعدة التاسعة عشر » .

إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر ••

فلا ضمان على حافر البئر تعدياً بالقاء غيره •

ولا يضمن من دله سارقاً على مال إنسان فسرقة ••• =

ومثال ذلك أن يتخلل بين عمل المتسبب وحدث الحادثة فعل شخص آخر مباشر ، كأن يحفر شخص في الطريق العام حفرة فيأتى آخر ويلقى في الحفرة حيوانا للغير فيموت ، فإن الملقى في هذه الحالة يكون هو الضامن لأنه الصق بالحادث والضرر من المتسبب السابق المعتدى فيكون أولى منه بالتبعة .

= ولا ضمان على من دفع الى صبي سكيناً أو سلاحاً ليمسكه فقتل به نفسه .
وخرج منها ما لو دل المودع السارق على الوديعة فإنه يضمن لترك الحفظ . . ومثله لو قال وكيلها تزوجها فإنها حرة فولدت ثم ظهر أنها أمة الصغير . . . ، رجع المضرور بقيمة الولد .

رجع المضرور بقيمة الولد .

وصور أخرى منها لو دفع الى صبي سكيناً ليمسكه له فوقعت عليه فجرحته كان على الدافع (الضمان) . .

وجاءت في الاشياء والنظائر في الفروع للشافعي (ص ١٠٩) القاعدة الاربعون :

« اذا اجتمع السبب والضرر والمباشرة قدمت المباشرة (ومن فروعها) :
لو حفر بئراً فرداه فيها آخر أو أمسكه فقتله أو القاه من شاطئ فقتله آخر
فقدته فالتقصاص على المردى والقاتل والقاد فقط . .

ويستثنى من القاعدة صور (منها) اذا افتاه أهل الفتوى باتلاف ثم خطوه .
فالضمان على المفتى .

ومنها اذا قتل الجلاد بأمر الامام ظلماً وهو جاهل ، فالضمان على الامام .

ومنها وقف صيغة على قوم فصرفت غلتها عليهم فخرجت مستحقة ضمن .
الواقف لتقريره . .

ومن الأمثلة لذلك أن يدل شخص لصاً على مال لغيره فيسرقه فالضمان على اللص لا على الدال المتسبب في الضرر .
هذا ، ويلاحظ أن التعبير بلفظ التعمد في قولهم :
« المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد »

يراد به التعدي ، ودليلنا على ذلك ماورد في الباب الحادى عشر في
إتلاف مال الغير وإفساده مباشرة وتسبباً من كتاب مجمع الضمانات —
ص ١٤٦ — قال المؤلف :

« المباشـر ضامن وإن لم يتعد والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعدياً فلو
حضر بئراً في ملكه فوقع فيها إنسان لم يضمنه ، ولو في غير ملكه ضمنه ذكره
في الاشباه .. ونو وضع شيئاً على طريق العامة فعثر به إنسان فسقط وهلك ذلك
الشيء من غير قصد منه يضمن وهو الصحيح ... ولو أن رجلاً تقدم إلى
خزاف يبيع الخزف فأخذ غضارة بأذنه لينظر فيها فوقع من يده على
غضارات أخرى فانكسرت لا يضمن قيمة التي أخذها لأنه أخذها بأذنه
ويضمن قيمة ما سواها ، لأنه تلف بفعله بغير إذنه » .

يلاحظ أن التعدي للحدود الشرعية قد يكون بقصد الإضرار وقد
يكون بغير قصد الإضرار ، لهذا فإن التعبير الوارد في قاعدة التسبب
المذكورة يكون غير سديد ، لاسيما في قاعدة (المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد)
وذلك لأنه يوهم بأن المراد القصد لا التعدي .

أما إذا كان مراد الفقهاء من لفظ التعمد القصد فإنه يكون لا بد
لوجود المسؤولية في أحوال التسبب من التمييز والإدراك عند الفاعل .
وهذا القول وإن لم يذكره الفقهاء بوضوح لكنه يستند إلى أمثلة
وردت في كتب الفقه تؤيده ولا تفسر إلا به مثل قولهم (١) :

لو « سار الصبي على الدابة فأوطأ انسانا فقتله ، فإن كان هو من يستمسك عليها ، فديته على عاقلة الصبي . وإن كان بما لا يسير على الدابة لصغره ولا يستمسك عليها ، فدم القتل هدر » .

فدم القتل هدر في الصورة الثانية ، لأنه صغير لا يستمسك عادة على الدابة ولا يملك التمييز والفهم اللازم لذلك ، وهو لذلك لا يملك التعمد والقصد المشترك في كل ضرر حصل تسببا حسبا جاء بالقاعدة آفة الذكر . إذا عرفنا هذا تحتم علينا أن نعرف أن الفقه الإسلامي أخذ بمبدأ تضمين المباشر بدون حاجة إلى إثبات تعديه أو خطئه خلافا للمتسبب فإنه لا بد لتضمينه من إثبات خطئه أى تعديه عن عمد وإدراك ، وبهذا فالفقه الإسلامي توسط لأن المذهب الشخصى غالى في شخصيته حين أخذ بنظرية الخطأ أو افتراضه في بعض الأحوال وغالى المذهب المادى في ماديته حين أخذ بنظرية الخطر أى الضرر وتحمل التبعة بإطلاق .

ومن الممكن أن يقال في الرد على أدلة القائلين بأن أساس المسؤولية التقصيرية تحمل التبعة (الخطر أو الضرر) ، ان أكثر من يصابون يعجزون عن إثبات حقوقهم من الضرر الذى حدث لهم ، وذلك لتعديهم أو تقصيرهم هم بأنفسهم وعدم احتراسهم ، وليس من العدل أن تلقى التبعة دائما على المدعى عليهم بسبب أنهم أصحاب المنشآت والصناعات الثقيلة أو الآلات البخارية وغيرها ، لأنه ليس دائما المدعى عليهم اغنياء بل قد يكون المضرور في أحياء كثيرة أغنى من الضار كما في صاحب سيارة أجرة يعول بها أسرة أو معمل بسيط لعامل مجد ، أو شركة صغيرة تخدم الصالح العام ، فالحل الذى أراه محققا للعدالة لا يتعين في تحمل التبعة دائما لأنه حتى أصحاب المنشآت الكبيرة ليسوا دائما في ربح مستمر ولا أصحاب الآلات والمكينات ، الخفيفة في مكنتهم دائما أن يدفعوا العوض المترتب على ما يحدث من ممتلكاتهم من غير عمد منهم أو قلة تحرز في إدارتها . ولعل سبب

أأخذهم بنظرية التبعية على صاحب الشيء دائماً هو تغاليهم في المادية وجعلهم المادة كل شيء في المجتمع ولا غرابة إذن من أن يقيموا المسؤولية على أساس الضرر فقط، ولعل أخذ القضاء بها في أحوال الخطأ المفروض وأخذ القانون بها في أحوال خاصة هو الاستثناء بين الأصل العام من غير توسع .

هذا ولا يخفى أيضاً من أن مبدأهم هذا يقلل ويحد من نشاط الأفراد ويفسح المجال لتهاون العمال ، الأمر الذي يضر باقتصاديات المجتمع .

كما يمكننا أن نرد على أصحاب النظرية الشخصية المتطرفة التي تقوم على نظرية الخطأ بأنها تجافي العدالة لأنها تشترط الإدراك عند من يخطئ . الأمر الذي يؤدي إلى عدم مسؤولية عديم التمييز طائل الثراء عن تسببه في قتل عامل بسيط وحرمان أسرته من عائلها الوحيد في حين أن العدالة تقتضي أن يؤخذ من مال غير المميز الثرى ما يعوض أسرة الفقيد عن فقد عائلها ، ولهذا نجد أصحاب هذه النظرية لاحظوا ذلك فأبدوا كثيراً من التشدد في تقرير عدم المسؤولية لفاقد التمييز ، فاشتراط بعضهم أن يكون فاقد التمييز يفقده تماماً عند ارتكابه الفعل الضار وأن لا يكون عدم تمييزه راجعاً إلى خطأ من جانبه ، كإفراط في الشراب أو في تناول المخدرات أو غيره ، لهذا نجدهم يقصدون أحياناً بمسؤولية المعتوه جزئياً وبمسؤولية السكران فاقد الوعي إذا كان قد تناول الخمر عالماً أنه سريع التأثير بها .

وقد جاء في المادة ١٦٥ فقرة ثانية من القانون السوري والمادة ١٦٤ من القانون المصري الجديد والمادة ١٦٧ من القانون الليبي ما يأتي :

« ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل ، مراعيّاً في ذلك مركز الخصوم » .

وجاء في المادة ١٢٢ فقرة ثالثة من القانون اللبناني ما يأتي :
« إذا صدر الأضرار من شخص غير مميز ولم يستطع المتضرر أن يحصل
على التعويض عن نيط به أمر المحافظة على ذلك الشخص فيحق للقاضي
مع مراعاة حالة الفريقين أن يحكم على فاعل الضرر بتعويض عادل . »
وبلاحظ أن المسؤولية التي تقررها هذه القوانين مسؤولية استثنائية
احتياطية جوازية ومخففة لأنها خلافا للأصل ولأنها مسؤولية مفترضة
في حين أن القاعدة أن لا مسؤولية بلا خطأ .
موازنة بين الشريعة والقانون :

هذا ومن الملاحظ أن نظرية المخاطرة في القوانين الوضعية لا تشترط
إثبات الخطأ في الضرر الناتج عن الجوامد، بل تفترض وجوده افتراضاً من
الحارس المسئول عن تلك الجوامد التي تسببت في وقوع الضرر بالغير .
ففي القانون الانجليزي مثلاً نرى في قاعدة (قضية رايلاند على فليتشر)
أنها أثبتت مبدأ عاماً هو أن من وضع في ملكه شيئاً شديداً الخطر كان مسئولاً
عن الضرر الناشئ منه وإن لم يكن واضعه مهملاً^(١) .

CHAPTER IX.

LIABILITY FOR BREACH OF DUTY TO PREVENT DAMAGE FROM DANGEROUS THINGS.

The Rule in Fletcher and Ryland.

Art. 85 :

- (1) The person who for his own purposes brings on
land which he occupies and collects and keeps
there any thing likely to do mischief if escapes,
must keep it in at his peril and if he does not do ==

so in prima facie answerable for all the damage which is the consequence of its escape. This rule binds the crown.

- (2) He can excuse himself by showing :
 - a. that the escape was due to the plaintiffs default or :
 - b. that the escape was the consequence of the act of God, or (vismajor).
 - c. That the escape was due to the wrongful act of a stranger over whom the defendant had no control.
- (3) The rule does not apply :
 - a. where the persons charged have not himself brought collected or kept the thing of the land which he occupied.
 - b. where he has brought or collected and kept it with the consent, express or implied, of the person who is damaged by its escape.
 - c. If he has statutory authority for bringing collections or keeping it on the land which he occupies unless the contrary intention is to be inferred from the Wording of the statute.
- (4) The rule has no application to the natural user of land and damage caused by the escape of things naturally on the land or legitimately placed there in connection with that natural user is not, in the absence of negligence, actionable.

وترجمة هذه المادة باختصار كالآتي :

المادة (٨٥) من كتاب اندرهل في قانون المسؤولية المدنية (الطبعة

السادسة عشر) صفحة ٢٣٠ كالآتي :

(١) الشخص الذي يأتي بأرضه ولاغراضه الشخصية بشيء خطرومن

• • • • •

المحتمل أن يحدث ضررا بالغير ، عليه حفظه ، فإذا أفلت من حرزه يكون مسئولاً عما ينجم منه من ضرر للغير بسبب افلاته •

(٢) ولا يعفى من المسؤولية الا اذا اثبت أحد الامور الآتية :

أ - ان افلاته كان بسبب من المضرور •

ب - ان افلاته كان قضاء وقدر •

ج - أن افلاته بسبب شخص أجنبي ليس في استطاعة المدعى عليه

منعه •

(٣) ولا تنطبق أحكام هذه المادة على الأحوال الآتية :

أ - اذا لم يأت المدعى عليه بالشئ الخطر ولم يجمعه ولم يحفظه •

ب - اذا أتى المدعى عليه بالشئ وجمعه وحفظه بطلب من المدعى

ولمنفعته •

ج - اذا سمح له القانون بذلك •

(٤) هذه النظرية لا تنطبق على الاستعمال الطبيعي للارض ولا على

الاضرار التي قد تحدث من افلات الأشياء التي من العادة اقتناؤها بالارض

مالم يكن هنالك اهمال أو قصد •

ونص القضية باللغة الانجليزية كالآتي :

THE PLAINTIFF WAS THE LESSEE OF A MINES

The defendant was the owner of a mill, standing on land adjoining that under which the mines were worked. The defendant desired to construct a reservoir, and employed competent persons to construct it, so that there was no negligence. The plaintiff had worked his mines up to a spot where there were certain old passages of disused mines; these passages were connected with vertical drafts communicating with the land above, which had also been out of use for years, and were apparently

(١٧ - المسؤولية)

إلا أن الشريعة الإسلامية لم تقرر هذا المبدأ وإنما اعتبرت أن الأشياء لا يمكن أن توجب مسئولية ما إلا في حالة التسبب بالمعنى والشروط التي مر ذكرها (١) .

filled with moral and earth of the surrounding land. Shortly after the water had been introduced into the reservoir it broke through some of the verticle shafts, blowed thence through the old passage and finally flooded the plaintiff's mine. The gist of the action was the collecting of the water and not keeping it from escaping ; and whether it was the result of negligence or whether it was the result of a latent and undiscovered defect in the engineering works was quite immaterial.

وخلاصة ترجمة القضية هو :

« أن المدعى كان يستأجر منجما والمدعى عليه كان يملك طاحونة على أرض مجاورة ، فأراد المدعى عليه أن يبني مستودعا للماء فاستخدم عددا من الخبراء لذلك ولما أكملوا صنع المستودع وامتلاء ماء انفجر من أسفل ، ولما كانت الأرض طينية لينة تسرب منها الماء الى ممرات منجم المدعى القديم ثم أغرقت المنجم ، والمحكمة أدانت المدعى عليه وقالت بمسئوليته وحكمت لصالح المدعى .

* * *

خاتمة

إن أغلب أحكام المسؤولية التفصيلية عن فعل الغير التي ذكرناها هي أحكام فقهية من اجتهاد الفقهاء الذين يستنبطونها من أصول الشريعة الإسلامية ، وأيضاً من روح عقيدتها التي هي أساس لبناء المجتمع الإسلامي؛ فالفقهاء كانوا ولا شك يتأثرون بالحالة الزمنية والأوضاع السائدة والبيئات المختلفة ، الأمر الذي كان يجعلهم يخالفونها في بعض الأحايين ويغيرون لها الأحكام بحسب الحاجة والمصلحة والعرف في كثير من الأحايين ، لأنهم عادة لا يتقيدون إلا بالامارات التي تدل عليها نصوص الشريعة أو تهدي إليها أدلتها التي هي بمثابة الروح العامة للتشريع الإسلامي .

ومن الحق أن أعترف بأن بحثنا هذا لم يكن طبعاً سهلاً المسلك ، بل صادفتنا فيه صعوبات في الطريق ، ووعورات في استقصاء المسائل وتلخيصها وعرضها ، ولهذا كنا نزيد من البحث في صبر حتى ننتهي إلى الرأي الصحيح والميزان السليم لخطوط الأحكام الرئيسية وفروعها التفصيلية في الشريعة والقانون ، ومع هذا فإنني لا أعتبر الجهد الذي بذلته والتعب الذي لاقيته سوى شيء قليل في حق شريعتنا وفقهنا الإسلامي .

هذا ، وقد كان هدفنا الأول من اختيارنا لموضوع المسؤولية التفصيلية عن فعل الغير هو إعطاء فكرة عامة عن هذه النظرية في الفقه الإسلامي على ضوء صياغة بعض القوانين الوضعية الحديثة التي تحكم بلادنا العربية في هذا العصر .

وكان هدفنا الثاني هو إعطاء صورة صادقة (جهد الطاقة) عن المدى الذي وصلت إليه أحكامنا الفقهية في هذا المضمار قبل التشريع الغربي الحديث بمئات السنين .

هذا ، وكان همننا من كل ذلك أن نلبس بأنفسنا ما عندنا من تراث فقهي أصيل يجب علينا أن نبخثه بأمانه وصدق ونأخذ حاجتنا منه أولا قبل أن نفكر في الاستيراد من الغرب أو الشرق ، لاسيما إذا عرفنا أن البلاد العربية إلى ههنا قريب كانت كلها تحكم نفسها بالشريعة الإسلامية إلى أن وضعت الدولة العلية في أواخر القرن الثالث عشر للهجرة (بعد أن ألقت هيئة من علماء الشريعة الإسلامية) كتابا يضم أحكاما فقهية خاصة بالمعاملات في مواد تشابه في ترتيبها وصياغتها القوانين الوضعية وأسماها « بمجلة الأحكام العدلية » . والتزمت الدولة العثمانية بالعمل بمقتضاها كما سرت أحكامها في أنحاء البلاد العربية التي امتد إليها سلطانها . ولقد سبق أن استعرضنا المواد الخاصة بموضوع المسئولية التقصيرية عن فعل الغير (من المجلة العدلية) عندما تحدثنا عن التطور التاريخي للموضوع في الفقه الإسلامي .

هذا ، ولا يعيب تلك المجلة إلا أنها لم تجد حظها الكافي من التنقيح والتعديل من وقت لآخر كما لم يدخلها شيء من التحسين والتدقيق في الصياغة ولا شيء من الإصلاح والتغيير لبعض أحكامها الفرعية التي تتطلبها بعض البلاد العربية التي زاد عمرانها وتقدمت مدنياتها وتعمقت ظروفها الاجتماعية . وإذا كانت لنا ملاحظات على أحكام المواد الخاصة بموضوعنا في المجلة العدلية فإنها تتلخص فيما يأتي :

أولا - إن المادة ٩١٦ وردت في حال الإلتلاف مباشرة فجعلت الصبي مطلقا مميزا أو غير مميز بدون مسئولية في حالة تعمد الفعل أو عدم تعمده ، ومن الطبيعي أن يجري هذا الحكم قياسا على باقي فاقدي الأهلية غير المميزين كالجنون والمعتوه ومن لا يميز . وقال بهذا القول جمهور الفقهاء ما عدا بعض التردد عند بعض المالكية (١) .

(١) أنظر القوانين لابن جزىء جاء في ص ٣٣٣ ما يأتي

وسكنت المجلة عن حكم الإتلاف تسببا إذا وقع من الصبي غير المميز، هل الحكم واحد أم يختلف ؟

ونص المادة يبين أن فقهاء الشريعة يسهلون قيام المسؤولية عن الفعل الشخصى فى الأحوال التى يحدث فيها الضرر مباشرة .

ولهذا نجدهم فى حال إتلاف العين مباشرة لا يشترطون فى قيام المسؤولية عليه حصول تعمد أو تعد ويستغنون بذلك عن مساءلة غيره عنه .

وثانيا - يظهر من المادة ٩٢٨ من قانون المجلة العدلية أن من بنى حائطا مائلا إلى الطريق، أو إلى ملك الغير ابتداءً أى مائلا من وقت بنائه يكون مسئولا عما يحدثه سقوط هذا الحائط من الضرر ولا خلاف بين جمهور الفقهاء فى ذلك .

ويجوز هذا الحكم بوجه عام على جميع الأبنية الخارجة إلى الطريق العام. وثالثا - يظهر من المادة ٩٢٩ من قانون المجلة العدلية أن الفعل الذى ينتج عن أى نوع من أنواع تلف الأنفس أو الأموال إذا وقع من الحيوان يكون هدرًا ، لأن الحيوان غير أهل للمسئولية لفقدانه الإدراك الذى يفرق بين الضار والنافع ، ولأنه أيضا يفقد أهلية الملك التى تتعلق بها إمكان التعويض على المتلف عليه من مال المالك . (١) ولا تتعلق

« وأما الصبي الذى لا يعقل فلا شيء عليه فيما أتلفه من نفس أو مال كالعجماء ، وقيل : المال هدر والدماء على العاقلة كالمجنون ، وقيل : المال فى ماله والدم على عاقلته إن بلغ الثلث » .

يراجع الخطاب ج ٥ ص ٢٧٨

(١) أنظر شرح الأدلة الأصلية على مجلة الأحكام العدلية - دمشق

طبعة سنة ١٩٢١ ج ١ ص ١٤٧

بصاحب الحيوان مسئولية ولا يقع عليه ضمان ما لم يكن هناك تقصير
يمكن أن يسند بسببه إلى صاحبه مسئولية ذلك الحيوان كأن يرى حيوانه
يضر بمال غيره فلا يمنعه .

ورابعا - توضح المادة ٣٧٧ أن الدابة إذا كانت جوحا ولم يقدر راكبها
على ضبطها فأضرت بالغير فإن فعلها في هذه الحالة هدر أيضا .

وخامسا - المادة ٣٣٦ تبين أن الدابة إذا كانت خاضعة لتوجيه صاحبها
وتحت إرادته وكان في وسعه منعها من الإضرار بالغير ولم يفعل أو تسبب
باعتدائه في الإضرار فإنه يضمن وفي حكم الراكب القائد والسائق
والحارس (١) .

والذى يظهر من المواد الباقية في موضوع المسؤولية عن فعل الحيوان
لا تخرج عن أن تكون مجرد تطبيق للقاعدة العامة التي توجب الضمان
على مباشر الضرر أو على من تسبب فيه وكان متعديا وليس فيها ما يتضمن
مبدءا مغايرا أو جديدا في الفقه الإسلامى .

هذا ، ولعل السبب في أن الدولة العلية وضعت أحكام الفقه الحنفى
بوجه خاص في مواد مركزة (بعض الشيء) على نسق التقنينات الحديثة ؛
ولعل ما حدا بأغلب الدول العربية (بعد ذلك) إلى استبدال أحكام الفقه
الإسلامى بأحكام القوانين العربية الحديثة هو تشعب الفقه الإسلامى
وتفرق أحكامه في مؤلفات دقيقة متعددة ضخمة مختلفة الطبقات ، الأمر الذى
جعل العلماء المحدثين يهابونها ويجدون مشقة فى الإلمام بها ، وجعل القضاة
بوجه خاص يستصعبون الوصول منها إلى الحلول الواجبة التطبيق فيما
يعرض عليهم من أقضية فى يسر وسرعة .

وعليه إذا صح أن هذه هى الأسباب فإن الواجب الدينى يقضى على

كل من له أهلية البحث في كتب الفقه في المذاهب الإسلامية المختلفة أن يتعمق في دراستها وأن يحاول جهد طاقته تحسين عرضها في بساطة ويسر مراعيًا للظروف الاجتماعية المختلفة والأعراف الكثيرة المتغيرة ودقة التنظيم والترتيب في الصياغات القانونية الحديثة ، ونظراً لأننا تناولنا التطور التاريخي للمسئولية التقصيرية عن فعل الغير لبعض التشريعات القديمة والحديثة أرى أن لا يفوتني أن أضمن الخاتمة ، فذلكات ، من تطور المسئولية التقصيرية عن فعل الغير في بعض البلاد العربية الحديثة وهي :

(١) تطور المسئولية التقصيرية

(في القانون المصري)

كانت مصر تتبع أحكام الشريعة الإسلامية حتى وقت قريب ثم استبدلت بها تقنيناً وضعياً لتنظيم المعاملات المدنية ، وعندما أصدرت التقنينات المختلطة في سنة ١٨٧٥ ؛ والتقنينات الأهلية سنة ١٨٨٣ كانت أولى الدول العربية التي لجأت إلى القوانين الوضعية ، ثم في يوم ١٥ أكتوبر من سنة ١٩٤٩ وحدت التقنينات المصرية بالتقنين المدني الجديد وتوسعت في أحكام المسئولية المدنية وانتهجت فيه نهجاً جديداً لجأت فيه إلى مقارنة الشرائع المختلفة كالشريع الجرمانى واللاتينى والإسلامى وأخذت منها ما يوائم ويتفق وحاجتها وصاغته صياغة جديدة دقيقة وإن كانت في جوهرها لا تختلف كثيراً عن أحكام القضاء المعمول بها في القانون الفرنسى .

وقد أفرد المشرع المصرى للمسئولية المدنية الفصل الثالث من باب مصادر الإلزام وتناولها بالتفصيل والتحديد في ست عشرة مادة من المادة ١٦٣ إلى المادة ١٧٨ وقد كانت في التقنين المدني المصرى القديم في ثلاث

مواد وقد فرع المشرع المصرى المسؤولية فى القانون الجديد إلى فروع ثلاث هى :

الفرع الأول : فى القواعد العامة للمسئولية المدنية ويتعلق بمسئولية المرء عن فعله الشخصى ويبدأ من المادة ١٦٣ إلى المادة ١٧٢ وهذا الفرع ليس موضوع بحثنا .

الفرع الثانى : نص المشرع فى المادة ١٧٣ على مسئولية المرء عن تحت رقابته وفى المادة ١٧٤ نص على مسئولية المنبوع عن فعل تابعه . وفى المادة ١٧٥ نص على حق المسئول عن غيره فى الرجوع على ذلك الغير .

الفرع الثالث : تناول المشرع فى المادة ١٧٦ منه مسئولية حارس الحيوان . وفى المادة ١٧٧ منه مسئولية حارس البناء وفى المادة ١٧٨ مسئولية حارس الأشياء ، وقد أوفى المشرع كل هذه المواد ما تستحقه من عناية تتناسب وما بلغه من أهمية المسئولية المدنية والتقصيرية فى الوقت الحاضر ، وإليك مواد الفرع الثانى والثالث فيما يلى :

الفرع الثانى : المسئولية عن عمل الغير :

مادة ١٧٣ :

- (١) كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص فى حاجة إلى الرقابة ، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزماً بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع ويترتب هذا الإلزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير ميم .
- (٢) ويعتبر القاصر فى حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة

أو بلغها وكان في كنف القائم على تربيته . وتنتقل الرقابة على القاصر إلى معلمه في المدرسة أو المشرف في الحرفة مادام القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصرة إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج .

(٣) ويستطيع المسكف بالرقابة أن يخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية .

مادة ١٧٤ :

(١) يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع . متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها .

(٢) تقوم رابطة التبعية ، ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وفي توجيهه .

مادة ١٧٥ :

للمستول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسئولاً عن تعويض الضرر .

الفرع الثالث : المسؤولية الناشئة عن الأشياء :

مادة ١٧٦ :

حارس الحيوان ، ولو لم يكن مالكا له ، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ، ولو ضل الحيوان أو تسرب ، مالم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه .

مادة ١٧٧ :

(١) حارس البناء . ولو لم يكن مالكا له ، مسئول عما يحدثه إنهدام البناء من ضرر ولو كان إنهداما جزئيا ، مالم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة ، أو قدم البناء ، أو عيب فيه .

(٢) ويجوز لمن كان مهدداً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر ، فإن لم يقم المالك بذلك . جاز الحصول على إذن من المحكمة في إتخاذ هذه التدابير على حسابه .

مادة ١٧٨ :

كل من يتولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ، مالم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه ، هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة .

* * *

(٢) تطور المسؤولية التقصيرية

(في التقنين السوري)

كان العمل في سوريا وفقاً لمجلة الأحكام العدلية أيضاً حتى استبدلها بالتقنين السوري المدني الجديد في يوم ١٥ حزيران سنة ١٩٥٩ .
وإن مشروع هذا القانون قام على أساس القانون المدني المصري آنف الذكر فنصوصه جاءت مطابقة لنصوصه .

ومثل القانون السوري القانون الليبي الذي صدر في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٣ الذي عمل به ابتداء من يوم ٢٨ فبراير سنة ١٩٥٤ . ولعل السبب في اختيار سوريا للقانون المصري واتخاذها أساساً للقانون المدني السوري يعود إلى ما بين البلدين من تقاليد وعادات مشتركة ومتقاربة، الأمر الذي سهل تطبيق القانون المدني المصري في القطر السوري وقد تناول المشرع السوري أحكام المسؤولية المدنية في الفصل الثالث من الباب الأول الخاص بمصادر الإلزام وخصص لها المواد من المادة ١٦٤ إلى المادة ١٧٤ .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون السوري ما يأتي : —
« فليس بين المجلة (العدلية) وبين القانون العقاري أو القانون التجاري أية صلة في المبادئ الحقوقية لاختلاف المصدر الذي يستمد كل قانون من هذه القوانين أصوله . . . ولقد أدركت الدول التي كانت تعمل بالمجلة هذه الحقيقة فوضعت قوانين مدنية حلت محل المجلة والتشريعات المدنية المتعددة التي ورثتها العربية في هذا الشأن مع أن رقي الحياة العسكرية والقانونية في سوريا وتطور الأوضاع المدنية والاجتماعية فيها تحتمل أن يكون للجمهورية السورية قانون مدني . . . وإن اقتباس المشرع السوري من القانون المصري يحقق مقصداً من أجل المقاصد التي يرنو إليها العرب

في هذا العصر وهو توحيد التشريع بين الأقطار العربية. وقد كان هذا الهدف مطمح أنظار رجال القانون العرب وأملا من آمالهم ، لجاء هذا المشروع محققا لهذا الأمل به ، وهو أول خطوة عملية لإقامة الوحدة القانونية بين الأقطار العربية .

ونص المواد الخاصة بالمسئولية التقصيرية عن عمل الغير في التقنين السوري كالآتي :

(٢) المسئولية عن عمل الغير :

المادة ١٧٤ من القانون المدني السوري الصادر بتاريخ ١٨ أيار سنة ١٩٤٩ ص ٥٦ فما بعدها من الفصل الثالث :

(١) إن كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية ، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مذن .

(٢) ويعتبر القاصر في حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة أو بلغها وكان في كنف القائم على تربيته . وتنتقل الرقابة على القاصر إلى معلمه في المدرسة أو المشرف في الحرفة مادام القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف . وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج .

(٣) ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية .

المادة ١٧٥ :

(١) يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها .

(٢) تقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وفي توجيهه .

المادة ١٧٦ :

للمستول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسئولاً عن تعويض الضرر .

(٣) المسئولية الناشئة عن الأشياء :

المادة ١٧٧ :

حارس الحيوان ولو لم يكن مالكا له مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ، ولو ضل الحيوان أو تسرب ، مالم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يدل عليه فيه .

المادة ١٧٨ :

١ — حارس البناء ، ولو لم يكن مالكا له ، مسئول عما يحدثه انهزام البناء من ضرر ، ولو كان انهزاما جزئيا ، مالم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة ، أو قدم في البناء ، أو عيب فيه .

٢ — ويجوز لمن كان مهددا بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر ، فإن لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على إذن من المحكمة في إتخاذ هذه التدابير على حسابه .

المادة ١٧٩ :

كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولاً عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ، مالم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه ، هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة .

هذا ، وبما سبق يظهر لنا إذا تأملنا التقنين المدني المصري الجديد في موضوعنا وأيضاً القانون السوري (ومثله الليبي) قد نهج المشرع فيهم نهجاً جديداً ، لاسيما إذا علمنا أنه لم يقنع بالاقتراب من القانون الفرنسي الذي استعرضنا مواده الخاصة بموضوعنا عندما تكلمنا عن التطور التاريخي في الباب التمهيدى ، بل لجأ إلى مقارنة الشرائع المختلفة سواء منها اللاتينية أو الجرمانى أو الفقه الإسلامى ، وإن كانت مواده لا تختلف كثيراً عن أحكام مواد التقنين الفرنسى ، الأمر الذى يسمح لنا بالقول بأن التقنين المدني المصري الجديد (ومثله السوري والليبي) بالرغم من أنه يعتبر من الشرائع الحديثة المتخيرة لا تختلف أحكامه كثيراً عن أحكام القانون الفرنسى وذلك لأن ثلاثة أرباعه فرنسى ويزيد في مواده ثلاثة أضعاف نصوص التقنين الفرنسى الخاصة بموضوعنا .

ملاحظتنا على التقنين المصرى كالتالى :

- (١) إن المادة ١٧٣ ، ١٧٥ راعت حكم المسؤولية عن فعل الغير في صيغة عامة تنسج لكل الحالات التى يمكن للبها كم أن تدخلها (من غير حصر للأشخاص الذين يسألون عن فعل غيرهم) وجعلت مسئوليتهم مفترضة وتكون دائماً في مصلحة المصاب تسهلاً لحصوله على التعويض وجعلت مجرد وقوع الفعل من المرعى قرينة على تقصير الراعى في واجب رقابته .
- (٢) ومن الملاحظ أن المادة ١٧٧ ، ١٧٨ تسوى بين أن يكون خطأ

التابع ينتج عن مسلكه الشخصى ، أو من خطأه فى حراسة حيوانه ، أو حراسة شيء مما تتطلب حراسته عناية خاصة مع اشتراط أن يكون الضرر وقع أثناء العمل ؛ أو بسبب العمل الذى يقوم به .

(٣) فلاحظ أن المادة ١٧٧ تعتبر حارس الحيوان مسئولاً مسئولية مفترضة عن كل ضرر يقع من طريق الحيوان ولو كان جاحداً أو منفلتاً ، لأن الأفلات يدل على إهمال الحارس ، ولأن نص المادة مطلق لم يقيد . وملاحظتنا على مواد التقنين الفرنسى (الذى يعتبر أصلاً للتقنين

المصرى) كالآتى :

إن المادة ١٣٨٢ والمادة ١٣٨٣ والمادة ١٣٨٤ تضمنت الأحكام الخاصة بالشمول بالرعاية إذا ارتكب عملاً غير مشروع ومسئولية الراعى عنه واشتراط الخطأ المفترض فى فعل المرعى إلا أنها لم تشترط التمييز صراحة فيما يترتب الخطأ . والمادة الأخيرة نصت على أن الأب والأم والمربي ومعلم الحرفة يخلصون من المسؤولية المفترضة إذا أثبتوا أنه لم يكن فى وسعهم أن يمنعوا وقوع الفعل الضار وفى فقرة أخرى نصت على أن مسؤولية السيد قاصرة على ما يقع من التابع من خطأ أثناء تأدية وظيفته .

المادة ١٣٨٥ من القانون المدنى الفرنسى تنص على أن مالك الحيوان أو مستخدمه يسأل عن الضرر الناشئ بفعله ، سواء بقى الحيوان فى حراسته ، أو ضل عنه ، أو هرب .

والمادة ١٣٨٦ تنص على مسؤولية مالك البناء عن الأضرار الناشئة عن تدميرها ، سواء أكان سبب الإضرار عيباً فى تشييده ، أو نقصاً فى صيانته ، أو سبباً آخر .

(٣) تطور المسؤولية التقصيرية

(في القانون العراقي)

استمر العمل بأحكام المجلة العدلية في العراق حتى يوم ٦ حزيران سنة ١٦٥١ عندما استبدلتها بالتقنين الوضعي المدني العراقي الجديد الذي تقرر العمل به بعد سنتين من تاريخ نشره .

ولقد حاول المشرع العراقي التوفيق بين قواعد الشريعة الإسلامية وأحكام القوانين الوضعية الحديثة .

وإن أغلب مواد القانون الجديد مستمدة من القانون المصري المدني الجديد .

وقد جاء في المذكرة التي قدم بها مشروع التقنين المدني العراقي ، أن الأسباب الموجبة للاتحة القانون المدني العراقي هي أن بلاد الشرق تنقسم إلى فريقين : بلاد المجلة وهي بلاد لا تزال تعتمد اعتماداً رئيسياً على مجلة الأحكام العدلية كالعراق ، وفلسطين ، وشرق الأردن ، وبلاد التقنين المدني الحديث وهي بلاد أخذت بنظام التقنين واقتبست من تقنينات الغرب لاسيما التقنين المدني الفرنسي ، كمصر وسوريا ، ولبنان ، وتونس ومراكش ، وكلا الفريقين يتطرف في منزعهم ، فالأول يحافظ على القديم دون أن يصله بأسباب الحياة والتقدم ، والثاني يتنكر لماضيه ولا يفيد شيئاً من ثروة الفقه الإسلامي .

وقد رثى أن يكون المشروع مثلاً لما ينبغي أن يكون عليه التقنين المدني في البلاد العربية ، لجعل مزاجاً متألماً يجمع بين قواعد نقلت عن الشريعة الإسلامية وقواعد نقلت عن التقنينات الغربية ، وهو بتسكينه هذا يحكم التنسيق بين هذين المصدرين ، ويتسع لمواجهة أوضاع الحضارة

الحديثة ويستحث الجهود لدراسة الفقه الإسلامى دراسة مقارنة توده إلى ربيع حياته وتمسكه من مسامرة هذه الأوضاع .

ومتى تم إحياء الفقه الإسلامى على النحو المتقدم مهد السبيل للقانون المدنى العربى ، فما من شك فى أن هذا الفقه يصبح مصدراً يفيض بالحياة والحركة ويكون خليقاً بأن يؤسس عليه وحده تقنين من أحدث طراز . ومثل هذا التقنين ، وإن كان مجرد أمنية تجيش بها النفوس فى الوقت الحاضر إلا أن المشروع يهيئ لتحقيق هذه الأمنية خير الوسائل وأجداها .

وقد اختيرت الأحكام الواردة فى هذا المشروع من المشرع المصرى — وهو فى جملته صفوة مختارة من القواعد التى استقرت فى أرقى التقنينات الغربية — ومن القوانين العراقية الحالية وفى طليعتها المجلة وقانون الأراضى — ومن الشريعة الإسلامية والكثرة الغالبة فى هذه الأحكام قد خرجت على الفقه الإسلامى فى مذاهبه المختلفة دون تقيد بمذهب معين وفيما يلى نص المواد الخاصة بالمسؤولية عن فعل الغير والأشياء :

الفرع الثانى : من القانون المدنى العراقى

(١) المسؤولية عن عمل الغير :

المادة (٢١٨) .

- ١ — يكون الأب ثم الجد ملزماً بتعويض الضرر الذى يحدثه الصغير .
- ٢ — ويستطيع الأب والجدة أن يتخلصا من المسؤولية إذا ثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أن الضرر كان لا بد واقعاً حتى لو قام بهذا الواجب .

المادة (٢١٩) .

- ١ — الخدمات والبلديات والمؤسسات الأخرى التى تقدم خدمة (١٨ — المسؤولية)

عامة وكل شخص يستغل إحدى المؤسسات الصناعية والتجارية مسئول عن الضرر الذى يحدثه مستخدموه إذا كان الضرر ناشئاً عن تعدد وقع منهم أثناء قيامهم بخدماتهم .

٢ — ويستطيع المخدم أن يتخلص من المسؤولية إذا ثبت أنه بذل ما ينبغى من العناية لمنع وقوع الضرر أو أن الضرر كان لا بد واقعاً متى بذل هذه العناية .

المادة (٢٢٠) .

للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه بما ضمنه .

(٢) المسؤولية عن الأشياء : (جناية الحيوان) :

المادة (٢٢١) .

جناية العجمااء جبار فالضرر الذى أحدثه الحيوان لا يضمنه صاحبه إلا إذا ثبت أنه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر .

المادة (٢٢٢) .

١ — إذا أضر حيوان بمال شخص ورآه صاحبه ولم يمنعه كان ضامناً .
٢ — ويضمن صاحب الثور النطوح والكلاب العقور ما أحدثاه من الضرر إذا تقدم أحد من أهل محلته أو قريته بالمحافظة على الحيوان ولم يحافظ عليه أو كان يعلم أو ينبغى أن يعلم بعيب حيوانه .

المادة (٢٢٣) .

١ — إذا أدخل شخص دابة فى ملك غيره بدون أذنه ضمن ضرر تلك الدابة سواء ان كان راكباً أو سائقاً أو قائداً موجوداً عندها أو غير موجود .
٢ — أما لو انفلتت نفسها ودخلت فى ملك الغير وأحدثت ضرراً

فصاحبها لا يضمن إلا إذا ثبت أنه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع تسرب الدابة .

٣ - ولذلك لو أدخل الدابة في ملك غيره بأذنه لا يضمن ضررها إذا ثبت أنه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر .

المادة (٢٢٤) .

١ - لا يضمن المار بحيوان في طريق عام راكباً أو قائداً أو سائقاً الضرر الذي لا يمكن التحرز منه فلوانتشر من رجل الدابة غيار أو طين ، ولو ثياب الغير فلا ضمان .

٢ - أما الضرر الذي يمكن التحرز منه لمصادمة الدابة أو لطمة يدها أو رأسها فيضمنه إلا إذا أثبت أنه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوعه .

المادة (٢٢٥) .

١ - لو أوقف شخص دابة بلا ضرورة أو ربطها في الطريق في غير المحال المعدة لوقوف الدواب ضمن ضررها في كل الأحوال .

٢ - ويضمن الضرر لذلك من سيب الدابة في الطريق العام أو تركها تتسرب إذا أثبت أنه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع تسربها .

المادة (٢٢٦) .

١ - إذا أضرت الدابة التي ربطها صاحبها في ملكه دابة غيره الذي أتى بها صاحبها وربطها في ملك الأول بدون إذنه فلا ضمان . وإذا أضرت هذه الدابة دابة صاحب الملك ضمن صاحبها .

٢ - إذا ربط شخصان دابتهما في محل لهما حق الربط فيه فأضرت إحدى الدابتين الأخرى فلا ضمان إلا إذا أثبت صاحب الدابة التي أصابها الضرر أن الآخر لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع هذا الضرر . . .

٣ - إذا ربط شخصان دابتيهما في محل ليس لهما فيه حق الربط وأضرت دابة الرابط أو لادابة الرابط مؤخراً فلا ضمان . وإذا كان الأمر بالعكس لزم الضمان .

(٣) ما يحدث في الطريق العام :

المادة (٢٢٧)

١ - لكل شخص حق المرور في الطريق العام لكن بشرط السلامة فلا يضر غيره ولا يتضرر في الحالات التي يمكن التحرز عنها .

٢ - فلو سقط عن ظهر الجمال حمل كان يمكن التحرز عن سقوطه فأضر بالغير كان الجمال ضامناً . إذا أحرقت الشرارة التي طارت عن دكان الحداد عند ضربه الحديد ثياب شخص كان ماراً في الطريق وكان يمكن التحرز عن ذلك ضمن الحداد ثياب ذلك المار .

المادة (٢٢٨)

١ - ليس لأحد وضع شيء في الطريق العام بلا ترخيص من الجهة المختصة وإذا فعل ضمن الضرر الذي تولد من هذا الفعل .

٢ - فلو وضع شخص في طريق عام الحجارة وأدوات العمارة وعثر بها حيوان أو إنسان فأصابه الضرر وجب الضمان - لذلك يجب الضمان إذا صب شخص في الطريق العام شيئاً يزلق به وزلق به إنسان أو حيوان .

(٤) المسؤولية عن البناء :

المادة (٢٢٩)

١ - لو سقط بناء وأورث الغير ضرراً فإن كان البناء مائلاً للانهدام

أو فيه عيب أدى إلى سقوطه وكان صاحبه قد نبه إلى ذلك أو كان يعلم بحال البناء أو ينبغي أن يعلم بها وجب الضمان .

٢ - ويجوز لمن كان مهدداً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير لدرء الخطر فإن لم يقيم المالك بذلك جاز الحصول على إذن المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه .

المادة (٢٣٠)

كل من يقيم في مسكن يكون مسئولاً عما يحدث من ضرر بسبب ما يلحق ويسقط من هذا المسكن ما لم يثبت أنه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر .

المادة (٢٣١)

كل من كان تحت تصرفه آلات ميكانيكية ، أو أشياء تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها يكون مسئولاً عما يحدثه من ضرر ما لم يثبت أنه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع هذا الضرر - هذا مع عدم الإخلال بما يرد من أحكام خاصة .

ملاحظات عامة في التقنين العراقي :

يلاحظ أن المشرع العراقي حاول في تقنينه (آنف الذكر) الخاص بموضوعنا المزج بين قواعد الشريعة الإسلامية وأحكام التقنينات الوضعية الغربية الحديثة .

ويلاحظ أن المواد المنصوص عليها كثيرة كثيرة بالنسبة للتقنينات العربية الوضعية الأخرى ، ولعل سبب تلك الكثرة هو رغبة المشرع العراقي في أن ينقل المبادئ العامة الواردة في كتب فقهاء الشريعة

الإسلامية والأحكام المختلفة ، فوق رغبته في إيراد نصوص كثيرة من التشريعات الوضعية الغربية والتقنين المدينى المصرى الجديد بوجه خاص . ومن المسائل الجزئية التى أوردتها التقنين العراقى ويمكن الرجوع إليها وفهماها بسهولة (وتدل على صدق ملاحظتنا) ما جاء فى المواد (من ١٨٧ إلى ١٩٠ ومن المادة ١٦٣ إلى ١٩٨ والمادة ٢٠٠ — ٢٠٤)

كما أورد نصوصا فيها مبادئ تشريعية عامة لا تعتبر صالحة بذاتها للتطبيق ، مثل « الضرورات تبیح المحظورات » و « لا ضرر ولا ضرار » لأنها قواعد عامة تترك عادة للفقهاء ليردوا إليها الأحكام الفرعية التطبيقية . هذا ، ويلاحظ على المشرع العراقى أنه لم يوفق كثيراً فى أن يؤلف ويمزج بين أحكام الفقه الإسلامى ونصوص التقنينات الحديثة فى موضوع التفرقة بين المباشرة والتسبب التى جاء بها الفقه الإسلامى ، وذلك لأنه قضى باشتراط ضرورة التعمد والتعدى فى الحالين : حال الإضرار تسبباً ، وحال الإضرار مباشرة مع العلم بأن الفقه فى الشريعة الإسلامية لا يشترط التعمد أى الإدراك فى حال المباشرة ولهذا فقد كان المشرع العراقى أقرب إلى رأى التقنينات الوضعية الغربية منه إلى أحكام الفقه الإسلامى وذلك لأنه جعل أساس الضمان الخطأ عن أدراك التعدى فى الحالين .

(٤) تطور المسؤولية التقصيرية في القانون التونسي :

ظلت الشريعة الإسلامية سارية في تونس حتى مطلع القرن الحالى وفى سنة ١٩٠١م شكلت لجنة من خمسة أعضاء من رجال القانون الأوربيين لوضع مشروع تمهيدى لوضع تقنين مدنى حديث يضم أحكام الالتزامات والعقود . وقد توخت اللجنة التوفيق بين الشريعة الإسلامية وبين أحكام القانون الوضعى المزمع وضعه ، حتى لا تصطدم نصوصه بعادات الوطنيين أو الأجانب فى تونس . ثم عرض المشروع التمهيدى على لجنة أخرى مكونة من اثنين من أعضاء اللجنة الأولى ومن عشرة من علماء الشريعة الإسلامية منهم خمسة من أساتذة الشريعة بجامعة الزيتونة بتونس وخمسة من قضاة المحكمة العليا الشرعية وقد راجعت هذه اللجنة المشروع مراجعة دقيقة وخرجته على أحكام الشريعة الإسلامية ولم تجد فيه ما ينافيها :

فصدر به مرسوم الباي فى يوم ١٥ ديسمبر سنة ١٩٠٦ وسمى التشريع الجديد « تقنين الالتزامات والعقود » ، وأن هذا التقنين الجديد لم يلتزم نهج القانون الفرنسى وحده بل اقتبس كثيراً من أحكام تقنينات البلاد الأوربية الأخرى وبخاصة التقنين الألمانى والسويسرى كما أن أحكامه روجعت على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية وبذلك ألغت أحكامه مزاجاً من النظامين اللاتينى والجرمانى مع التزام أحكام الشريعة الإسلامية .

وفىما يلى نص المواد الخاصة بموضوعنا وهى : —

الفصل ٨٥ :

إذا تسبب موظف أو مستخدم بادرة عمومية فى مضرة غيره حسية أو معنوية حال مباشرته لما كلف به وكان ذلك عمداً أو خطأ فاحشاً منه

فهو ملزوم بحسب ذلك إذا أثبت أن السبب الموجب لذلك هو تعمده أو خطاه لكن إذا كان الخطأ غير فاحش فلا قيام لمن حصلت له المضرة على المتوظف إلا إذا لم تكن له وسيلة أخرى للتوصل إلى حقه وحكم هذا الفصل لا ينسحب على العدول المنصبين للاشهاد حيث كان المرجع فيما لهم وعليهم أحكام إجازة العمل (أنظر الفصل التاسع من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٥٩ المؤرخ في يوم ٢٦ رجب سنة ١٣٧٨ المتعلق بالوظيفة العمومية)^(١).

الفصل ٩٣ :

على كل شخص ضمان الضرر الناشئ من المختلين وغيرهم من عليل العقل الساكنين معه وإن كانوا بالغين سن الرشد ان لم يثبت :

أولا - أنه راقبهم كل المراقبة اللازمة .

ثانيا - أنه كان يجهل الحالة الخطرة من مرض المصاب .

ثالثا - أن الحادث وقع بسبب خطأ المتضرر .

وهذا الحكم يجرى على الصورة المذكورة على من تكلف في عقد بمراقبة من ذكر وحفظهم .

الوالد والام بعد وفاة زوجها مسؤولان عن الضرر المتسبب عن فعل أولادهم الذين سنهم دون ١٨ سنة كاملة والساكنين معهما وأرباب الصنائع والمعلون مسئولون عن الضرر الناشئ عن مندوبيهم وتلامذتهم المدة التي هم فيها تحت نظرهم .

وتكون المسؤولية المذكورة إلا إذا أثبت الوالدان وأرباب الصنائع:

(١) نقلا عن مجلة الالتزامات .

أولا : أنهم راقبوا أولادهم أو مندوبيهم كل المراقبة اللازمة .

ثانيا : أن الضرر تسبب عن خطأ من لحقه .

أما المعلنون فان الغلطات أو الغفلة أو الإهمال المستند عليها ضدهم
بصفة كونهم تسببوا في الضرر . يجب على المدعى إثباتها وقت المرافعة
طبق القانون العام .

الفصل ٩٣ قديم :

على الوالدين وغيرهما من ذوى القرابة ضمان الضرر الناشئ من قريبهم
المصاب في عقله الساكن معهم وان كان بالغاً سن الرشد إلا إذا اثبتوا
ما يأتى :

أولا - أنهم راقبهم المراقبة اللازمة .

ثانيا - أنهم كانوا يجهلون الحالة الخطرة من مرض المصاب في عقله

ثالثا - أن الضرر تسبب عن فعل من لحقه .

وهذا الحكم يجرى على من تكلف في عقد بمراقبة من ذكر وحفظهم

الفصل ٩٤ :

كل من كان في حفظه حيوان يضمن ما ينشأ من ضرره ولو وقع منه
بعد أن انفلت ما لم يثبت أحد الأمرين .

أما أنه اتخذ الوسائل اللازمة لحراسته ، أو لتدارك ضرره ، وأما أن
الضرر حصل بسبب طارئ أو قوة قاهرة أو بسبب فعل من لحقه الضرر

الفصل ٩٥ :

مالك الأرض أو مستأجرها أو حائزها لا يضمن ضرر الحيوانات
الموجودة في أرضه سواء كانت ضارية أو أهلية ان لم يكن سعى في جلبها
أو في أبقائها بالمسكان ، لكنه يضمن في صورتين .

أولاً : ان كان في أرضه مأوى حيوان أو غابة أو بيوت نخل
أو زريبة لتربية أو حفظ بعض الحيوانات المعدة للتجارة أو الصيد أو الأكل
ثانياً : إن كانت أرضه معدة للصيد خاصة .

الفصل ٩٦ :

على كل إنسان ضمان الضرر الناشئ عما هو في حفظه إذا تبين أن سبب
الضرر من نفس تلك الأشياء إلا إذا ثبت ما يأتي :
أولاً : أنه فعل كل ما يلزم لمنع الضرر .
ثانياً : أن الضرر نشأ بسبب أمر طارئ أو قوة قاهرة أو بسبب
لحقه .

الفصل ٩٧ :

مالك ربيع ، أو بناء مطلقاً عليه ضمان الضرر الناشئ من إنهدامه ،
أو سقوط بعضه لقدمه ، أو لقدم القيام بحفظه ، أو لخلل في بنائه وهذا
الحكم يجرى في سقوط ما كان تابعاً للبناء كالأشجار والمساكنات اللاحقة
بالأبنية وغيرها مما يلحق بالأصل بحكم التبعية وإذا كانت الأرض للمالك
والانقراض لغيره فمالك الانقراض هو المطلوب بالضرر وإذا كان القيام
بحفظ البناء على شخص آخر دون المالك بموجب عقد أو غيره من الحقوق
كلاستغلال فالضمان عليه وإن كان في الملك نزاع فالضمان على من
كان يديه .

غير أن القيام بتعويض الضرر في الأحوال المقررة آنفاً لا يقبل
إلا بعد خطاب مالك العقار على مقتضى العوائد التونسية وإنذاره عند
وجود خطر ظاهر .

الفصل ٩٨ :

إذا توقع صاحب عمل انهدام بناء مجاور له أو سقوط بعضه وكان تخوفه مبنيا على أسباب معتبرة فله أن يلزم مالك البناء أو من وجب عليه حفظه على مقتضى الفصل ٩٧ أن يتخذ الوسائل اللازمة لمنع الضرر .

الفصل ٩٩ :

للمجاورين حق القيام على أصحاب الأماكن المضرة بالصحة أو المستندة لراحتهم بطلب إزالتها أو اتخاذ الوسائل اللازمة لرفع سبب المضرة والأجازة المعطاة لأصحاب تلك الأماكن ممن له النظر لا تسقط حق المجاورين في القيام .

الفصل ١٠٠ :

ليس للجيران القيام بإزالة الضرر الناشئ عادة من المجاورة كدخان المدخن وما أشبه من المضار التي لا يحصى عنها إذا لم تتجاوز الحد الاعتيادي .

الفصل ١٠٥ :

لا ضمان على الصغير غير المميز وكذلك المجنون حال جنونه ، فإذا كان للصغير درجة من التمييز تمكنه من معرفة العواقب وجبت عليه العهدة

الفصل ١٠٦ :

على الصم البكم ومن يعقوهم خبال ضمان ما يصدر منهم إذا كانت لهم درجة من التمييز يدركون بها عواقب فعلهم .

ملاحظات عامة في التقنين التونسي :

يلاحظ أن التقنين التونسي صدر به مرسوم الباي في ١٥ ديسمبر

سنة ١٩٠٦ والمرأ كشى صدر به مرسوم السلطان فى ١٢ أغسطس سنة ١٩١٣ فالتقنين التونسى للالتزامات والعقود سابق للمرأ كشى وان كان التقنينان يتميزان بانتهاجهما نهج القانون الفرنسى مع الاقتباس من أحكام كثير من تقنينات البلاد الغربية كالتقنين الألمانى والسويسرى ، وان كانت أحكام التقنين روجعت على أحكام الشريعة الإسلامية وبوجه عام نلاحظ أن التقنين التونسى الذى أوردنا المواد الخاصة بموضوعنا منه لم يخل بمبدأ التشريع الفرنسى العام ومقتضاه « أن كل خطأ سبب ضرر للغير يوجب مسئولية مرتكبه » .

* * *

(٥) تطوير المسؤولية التقصيرية في قانون السودان :

أن أحكام الشريعة الإسلامية كانت هي المعمول بها في السودان حتى أواخر القرن التاسع عشر وأثناء قيام (الثورة المهدية) بحكم البلاد، وفي أوائل القرن الحالي تقريباً ابتدأ الانجليز يحكمون في السودان وفقاً لقانونهم الإنجليزي (الذي كانوا يطبقون بعضه بالهند وبعض المستعمرات البريطانية الأخرى).

ولهذا يمكننا أن نقول بأن السودان قد اشترك مع البلاد العربية الأخرى التي اتبعت الشريعة الإسلامية في بعض مراحل تاريخها الحديث حتى وقت قريب، إلا أن ما شرعته أغلب البلاد العربية لنفسها بعد ذلك من تقنينات وضعية قد تأثر في حدود متفاوتة بأحكام الشريعة الإسلامية ماعدا السودان فإن قانونه الوضعي لم يتأثر بأحكام الشريعة الإسلامية وما عدا العراق فإنه أكثر بلد عربي قد بدا في الظاهر على الأقل أخذاً من الشريعة الإسلامية بقسط أوفر في تقنينه المدني من غيره .

هذا، ولعل ما حدا بحكومات البلاد العربية إلى وضع الأحكام الشرعية في مواد تتفق والقوانين الوضعية العربية الحديثة هو أن أحكام الشريعة الإسلامية في الموضوع الواحد متفرقة في كتب عدة من مؤلفات الفقهاء الأوائل، وفي أبواب متعددة منها، الأمر الذي يصعب معه على القضاة المحدثين بوجه خاص الإلمام بها لعمق وصعوبة مفاهيمها، وهذه الصعوبة فإنهم يجدون في الوصول إلى الحلول العملية منها مشقة كبيرة، ويجدون في تطبيقها على الحوادث الكثيرة التي تعرض عليهم مشقة أكبر، مع العلم بأن العمل القضائي في هذا العصر يقتضي السرعة، والسرعة تقتضي تيسير فهم الأحكام الواجب تطبيقها على الحوادث الكثيرة المتنوعة، ولهذا رأيت أن أخلص من رسالتي هذه بتجربة هي أشبه بمحاولة لوضع أحكام (هذا الموضوع الذي وصلت إلى هذه الغاية من بحثه) في مواد تراعى أحكام

الشريعة الإسلامية وتستفيد من المنهج الوضعي في صياغته القانونية لعل جمهوريتنا السودانية الفتية تشرع على ضوئه في العمل على وضع تشريع سوداني مكتمل يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية (في صياغة عصره حديثه) تتناسب وتقاليد البلاد وتطورها في عصر قد ترابطت فيه دول العالم وتشابكت مصالحها .

هذا ، ونظراً لأن قانوننا المدني في جمهورية السودان هو القانون الإنجليزي (بعد إدخال شيء من التعديلات الطفيفة) ، ونظراً لأننا لم نشرع في تغييره أو تعديله ولم نلته بعد من ترجمة مواده إلى لغتنا العربية ولا من تغيير اتجاهاته ومفاهيمه على ضوء حاجة مجتمعتنا ومتطلبات بيتنا ، فإنني سوف لا أعرض إلى ملاحظات عليها وأكتفي فقط بأن أصوغ مواداً مقترحة تتلخص في ست هي :

المادة ١ :

الضبي مطلقاً مسئول في ماله عن الضرر الذي يقع منه في حال الفعل المباشر ، أما المميز في حال التسبب فإنه يضمن ، وغير المميز ومن في حكمه فان ضمان فعله على الرقيب إذا تسبب بتقصيره في إضراره بالغير وإلا كان هدرأ .

المادة ٢ :

الضمان على الراعي أو المتبوع إذا أمر المرعى أو التابع أو أكرهه أو قصر في توجيهه وكانت له السلطة الفعلية عليه .

المادة ٣ :

صاحب الحيوان يضمن إذا قصر في إتخاذ الحيطة اللازمة عادة لمنع

وقوع الضرر ولا ضمان عليه إذا نتج الفعل الضار عن حيوانه النافر ،
أو الذي أنفلت منه من غير إهمال منه أو من غيره .

المادة ٤ :

ليس لأحد أن يفعل ما يضر غيره في الطريق العام ولا أن يضع شيئاً
فيه بغير إذن من أولى الأمر .

المادة ٥ :

(أ) صاحب البناء مسئول عن الأضرار التي تقع للغير بسبب سقوط
بنائه إذا كان يعلم أو ينبغي أن يعلم بعيب فيه .

(ب) وكل من يقيم في مسكن أو يحرسه يكون مسئولاً عن أى ضرر
ينتج مما يلقيه أو يسقط بإهماله أو قلة تحرزه مالم يتخذ الحيطة اللازمة
بحسب العادة .

المادة ٦ :

صاحب الآلات الميكانيكية وغيرها مما يتطلب عناية خاصة يكون
مسئولاً عما تحدثه من ضرر مالم يتخذ الحيطة الكافية أو يعرض المضرور .

(أهم المراجع)

التفسير :

أحكام القرآن

: لأبي عبدالله محمد بن إدريس الشافعى المتوفى
سنة ٢١٤ هـ . (طبعة أولى بالقاهرة سنة
١٣٨١ هـ)

أحكام القرآن

: لأبي بكر أحمد بن على الرازى المشهور
بالجصاص المتوفى سنة ٣٧٠ هـ . (طبعة
الأوقاف بالآستانة ١٣٣٥ هـ) .

أحكام القرآن

: لأبي بكر محمد بن عبدالله المشهور بابن العربى
المتوفى سنة ٥٤٣ هـ . (طبعة الحلبي بالقاهرة
سنة ١٣٧٦ هـ)

الجامع لأحكام القرآن

: لمحمد بن أحمد الأنصارى القرطبى المتوفى
سنة ٦٧١ هـ . (طبعة الحلبي بالقاهرة سنة
١٣٧٦ هـ)

الجامع لأحكام القرآن

: لمحمد بن أحمد الأنصارى القرطبى المتوفى
سنة ٦٧١ هـ . (طبعة دار الكتب المصرية
سنة ١٢٦٩ هـ)

روح المعانى

: لمحمود الآلوسى البغدادى المتوفى سنة ١٢٧٠ هـ
(طبعة إدارة الطباعة المنيرية بمصر سنة ١٣٦٧ هـ)

تفسير المنار

: لرشيد رضا (على نهج استاذة الشيخ محمد عبده
المتوفى سنة ١٣٢٣ هـ) . (طبعة حفار
بالقاهرة سنة ١٣٤٦ هـ)

٢ - الحديث :

مسند الامام أبي حنيفة : للنعمان بن ثابت المشهور بالامام أبي حنيفة
المتوفى سنة ١٥٠ هـ. (طبعة سنة ١٣٢٧ هـ)
موطأ الإمام مالك : لمالك بن أنس المتوفى سنة ١٧٩ هـ. (وشرحه
للزرقاني المتوفى سنة ١١٢٢ هـ.) (المطبعة
الخيرية سنة ١٣١٠ هـ)

مسند الإمام أحمد بن حنبل : لأحمد بن حنبل المتوفى سنة ٢٤١ هـ
(المطبعة الميمنية بمصر سنة ١٣١٣ هـ.)

مسند الإمام الشافعي : لمحمد بن ادريس المشهور بالشافعي المتوفى
سنة ٢٠٤ هـ.

(المطبعة الأميرية المصرية سنة ١٣٢٤ هـ)
صحيح البخاري : لأبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري
المتوفى سنة ٢٥٦ هـ. (المطبعة الخيرية
سنة ١٣٢٠ هـ)

صحيح مسلم : لمسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري المتوفى
سنة ٢٦١ هـ (طبعة بولاق سنة ١٣٩٠ هـ)

سنن المصطفى لابن ماجه : لمحمد بن يزيد بن ماجه القزويني المتوفى
سنة ٢٧٣ هـ. (طبعة التازية بمصر سنة ١٣٤٩ هـ.)

سنن أبي داود : لسليمان بن الاشعث السجستاني المتوفى
سنة ٢٧٥ هـ. (طبعة السعادة الثانية سنة
١٣٦٩ هـ)

السنن الكبرى للبيهقي : لأحمد بن الحسين البيهقي المتوفى سنة ٤٥٨ هـ
(طبعة دار المعارف العثمانية بحيدر آباد
سنة ١٣٥٤ هـ.)

- سبل السلام : لمحمد بن اسماعيل بن صلاح الصنعاني
المتوفى سنة ١١٤٢ هـ (طبعة الحلبي الثانية
سنة ١٣٦٩ هـ)
- نيل الأوطار : لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني المتوفى
سنة ١٢٥٥ هـ (المطبعة العثمانية المصرية
سنة ١٣٧٥ هـ)

٣ - الفقه الحنفي :

- فتح القدير وشرح الهداية لابن الهمام (كمال الدين بن الهمام
المتوفى سنة ٨٦١ هـ) طبع بمطبعة مصطفى محمد بالقاهرة
سنة ١٣١٥ - ١٣١٨ هـ .
- شرح العناية على الهداية للبارقي (محمد بن محمود المتوفى سنة
٧٨٦ هـ) (بهامش فتح القدير) طبع بمطبعة مصطفى
محمد سنة ١٣١٥ هـ .
- حاشية على شرح العناية على الهداية مطبوع على هامش فتح
القدير لسعد الله بن عيسى المفتي المشهور (بسعيد جلبي
المتوفى سنة ٩٤٥ هـ)
- رد المختار على الدر المختار لابن عابدين (محمد أمين المتوفى
سنة ١٢٥٢ هـ) طبع بالمطبعة العثمانية سنة ١٣٢٤ هـ .
- مجموعة رسائل ابن عابدين (المذكور) طبع بمطبعة دار
سعادت سنة ١٣٢٥ هـ .
- الاشباه والنظائر لابن نجيم (زين العابدين المتوفى سنة ٩٧٠ هـ)
طبع بمطبعة دار الطباعة العامرة سنة ١٣٠٨ هـ .
- مجمع الضمانات للبغدادى (أبو محمد بن غانم المتوفى ٠٠٠)
طبع بالمطبعة الخيرية سنة ١٣٠٨ هـ .

مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لإمامد أفندى (عبد الرحمن
ابن محمد بن سليمان المتوفى سنة ١٠٧٨ هـ) طبع بدار
الطباعة العامرة سنة ١٣١٦ هـ.

غمر عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر للحموى (أحمد
ابن محمد المتوفى سنة ١٠٩٨ هـ) طبع الآستانه مكتبة
الآزهر (٣٤٩) ٧٥١٧

تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى (عثمان بن علي المتوفى
سنة ٧٤٢ هـ) طبع بمطبعة بولاق سنة ١٣٧٥

حاشية بالهامش على شرح الزيلعى على الكنز (المذكور)
لشلي (شهاب الدين أحمد)

المبسوط شرح الكافى للسرخسى (شمس الدين المتوفى سنة ٤٩٠ هـ)
طبع بمطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٢٤ هـ.

بدائع الصنائع للكاسانى (علاء الدين المتوفى سنة ٥٨٧ هـ)
طبع بمطبعة الجمالية بمصر سنة ١٣٢٧ -- ١٣٢٨ هـ.

الهداية شرح البداية للمرغينانى (برهان الدين المتوفى سنة
٥٩٣ هـ) طبع بالمطبعة الأميرية سنة ١٣١٨ هـ.

الفتاوى المهدية للعباسى (محمد العباسى المهدى المتوفى سنة ١٣١٥ هـ)
طبع بالمطبعة الأزهرية سنة ١٣٠١ هـ.

معين الحكام للطرابلسى (علاء الدين المتوفى سنة ٨٤٤ هـ)
طبع بالمطبعة الأميرية سنة ١٣١٠ هـ.

أنفع الوسائل إلى تحرير المسائل للطرسوسى (نجم الدين إبراهيم

المتوفى سنة ١٢٥٨ هـ) طبعة سنة ١٣٤٤ هـ .
الفتاوى الهندية لقاضيخان (محمود المتوفى سنة ١٠٧٠ هـ)
طبع بالمطبعة الأميرية سنة ١٣١٠ هـ .
الفتاوى الخانية (بهاشم الفتاوى الهندية المذكورة)
جامع الفصولين لابن قاضي سمانه (محمود بن اسراييل
المتوفى سنة ٨٢٣ هـ) طبع بالمطبعة الأميرية سنة ١٣٠٠ هـ .

— ١٣٠١ هـ .

رد الحكام في شرح غرر الاحكام (لماخير المتوفى سنة
٨٥٥ هـ) طبع بمطبعة أحمد كامل سنة ١٩٢٩ م .

٤ — الفقه المالكي :

مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للحطاب (أبو عبد الله محمد
المتوفى سنة ٩٥٤ هـ) طبع بمطبعة السعادة بمصر ١٣٢٨-١٣٢٩ هـ
التاج والاكيل لمختصر خليل للدواق (أبو عبد الله محمد المتوفى
سنة ٨٩٧ هـ) المطبوع على حاشية مواهب الجليل للحطاب .
الشرح الكبير على مختصر خليل للدردير (سيدى أحمد المتوفى
سنة ١٢٠١ هـ) طبعة ١٣٤٥-١٣٤٦ هـ طبعة مصر سنة ١٣٢٣ هـ
حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير طبع بمطبعة
التقدم العلمي سنة ١٣٢٩ هـ .
المقدمات والمهمدات لابن رشيد (أبو الوليد محمد بن أحمد
المتوفى سنة ٥٩٥ هـ) طبعة مصر سنة ١٣٢٥ م .
المدونة الكبرى رواية سحنون (للامام مالك المتوفى سنة ١٧٩ هـ)
طبعة المطبعة الأميرية سنة ١٣٢٣-١٣٢٨ هـ .
القوانين الفقهية لابن جزي المالكي المتوفى سنة ٧٤١ هـ
مطبعة فاس سنة ١٩٣٥ م .

الحرشي على المختصر (لأبي عبد الله محمد الحرشي المتوفى
سنة ١١٠١ هـ) مطبعة بولاق طبعة ثانية ١٣١٧ هـ .
الفروق للقرافي المتوفى سنة ٦٨٤ هـ طبعة مصر سنة ١٣٤٦ هـ .
تبصرة الأحكام لمحمد بن فرحون المتوفى سنة ٧٩٩ هـ طبعة مصر
سنة ١٣٠٢ هـ .
شرح الزرقاني على مختصر خليل (توفى الزرقاني سنة ١٠٩٩ هـ)
طبعة مصر سنة ١٣٠٧ هـ .

٥ - الفقه الشافعي :

معنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج للشرييني (محمد الخطيب)
طبعة سنة ١٣٢٥ هـ .
الاشباه والنظائر للسيوطي (عبد الله محمد بن أبي بكر المتوفى
سنة ٩١١ هـ) طبع بمطبعة مصطفى محمد سنة ١٣٥٥ هـ .
حاشية على تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي للشرواني
(عبد الحميد) طبعة ١٣١٥ هـ
المهذب للشيرازي المتوفى سنة ٤٧٦ هـ طبعة مصر سنة ١٣٤٣ هـ
تحفة المحتاج لشرح المنهاج لابن حجر (الهيتمي) .
المجموع شرح المهذب للنووي (يحيى الدين المتوفى سنة ٦٧٧ هـ)
طبعة ١٣٤٤ - ١٣٤٨ هـ .
الأم للإمام الشافعي المتوفى سنة ٢٠٤ هـ طبعة مصر سنة ١٣٢١ هـ
الوجيز للغزالي المتوفى سنة ٥٠٥ هـ طبعة مطبعة الآداب
والمؤيد سنة ١٣١٧ هـ
قواعد الأحكام في مصالح الأنام لعز الدين بن عبد السلام
المتوفى سنة ٦٦٠ هـ طبع بمطبعة الاستقامة .

نهاية المحتاج لشرح المنهاج للرمل المتوفى سنة ١٠٠٤ هـ
طبعة مصر سنة ١٣٠٤ هـ.

٦ - الفقه الحنبلي :

المغنى على مختصر الخرقي لابن قدامة (موفق الدين عبد الله

ابن أحمد المتوفى سنة ٦٣٠ هـ) طبعة مصر سنة ١٣٤٨ هـ.

القواعد لابن رجب (أبو الفرج عبد الرحمن المتوفى سنة

٧٩٥ هـ) طبعة الخيرية سنة ١٣٥٢ هـ.

المقنع لابن قدامة (موفق الدين) طبعة سنة ١٣٧٤ هـ.

حاشية على المقنع لابن قدامة (لسليمان بن عبد الله)

كشفاف القناع لمنصور بن ادريس المتوفى سنة ١٠٥١ هـ طبع

بالمطبعة الشرفية سنة ١٣١٩ هـ.

٧ - الفقه الظاهري :

الحلى لابن حزم المتوفى سنة ٤٥٦ هـ طبعة إدارة الطباعة

الأميرية سنة ١٣٤٧ هـ.

٨ - الفقه الشيعي :

المختصر النافع في فقه الإمامية لجعفر بن الحسن الحلبي المتوفى

سنة ٦٧٦ هـ طبعة دار الكتاب العربي.

البحر الزخازر الجامع لمذاهب علماء الامصار لأحمد بن يحيى

ابن المرتضى الزيدى المتوفى سنة ٨٤٠ هـ طبعة سنة ١٩٤٨ م

٩ - الفقه المقارن :

بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد (أبو الوليد محمد بن

أحمد) طبعة ١٣٧١ هـ

الميزان للشعراني (عبد الوهاب المتوفى سنة ٩٧٣ هـ) طبعة
سنة ١٣٠٦ هـ

الفروق للقرافي المالكي (شهاب الدين أبو العباس المتوفى
سنة ٦٨٤ هـ) طبعة سنة ١٣٤٧ هـ
الفقه على المذاهب الأربعة

١٠ - كتب اللغة:

المصباح المنير لأحمد بن محمد بن علي المقرئ المتوفى سنة
٧١١ هـ . طبع بالمطبعة الاميرية بالقاهرة سنة ١٩٢٨ م .
لسان العرب لجمال الدين بن الفضل الأنصاري المصري
المتوفى سنة ٧١١ هـ . طبعة بيروت سنة ١٩٥٦ م .
المنجد للويس معلوف اليسوعي مطبعة بيروت الكاثوليكية
سنة ١٩٥٦ م .

القاموس العصري (انجليزي عربي) لإلياس أنطون إلياس
الطبعة الثالثة عشر . طبع بالمطبعة العصرية بالقاهرة
سنة ١٩٦٢ / ١٩٦٣ م .

١١ - الكتب الفقهية الحديثة:

مذكورة في الالتزامات في الشريعة الإسلامية لأحمد إبراهيم
طبعة سنة ١٩٤٥ م .
المعاملات لعلی الخفيف طبعة ثانية سنة ١٣٦٨ هـ .
الأحوال الشخصية (قسم الزواج) لمحمد أبو زهرة طبعة
سنة ١٩٥٧ م .

- الملكية ونظرية العقد لمحمد أبو زهرة طبعة سنة ١٣٥٧ هـ .
أصول الفقه لمحمد زكريا البرديسي طبعة سنة ١٩٦١ م .
بحث في الميراث لمحمد زكريا البرديسي طبعة سنة ١٩٦٤ م .
بحث في الاكراه لمحمد زكريا البرديسي طبعة بمجلة القانون
والاقتصاد العدد الثاني (السنة الثلاثون)
المدخل في الفقه الإسلامي لمحمد سلام مذكور طبعة سنة ١٩٦٠ م .
المدخل الفقهي العام للزرقاء (مصطفى أحمد) طبعة ١٩٥٨ م .
الأحوال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي لمحمد
يوسف موسى الطبعة الأولى بالقاهرة سنة ١٩٥٢ م .
المسئولية المدنية والجناحية لمحمود شلتوت طبعة مكتب
شيخ الجامع الأزهر للشئون العامة .
النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية لشفيق شحاتة .
١٢ — الرسائل :

- نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي لمحمد زكي عبد البر
(رسالة دكتوراه بحقوق القاهرة) سنة ١٩٥٠ م .
العرف والعادة لأبي سنه (رسالة للاستاذية بالأزهر الشريف)
سنة ١٩٤٩ م .

- المسئولية التقصيرية بين الشريعة والقانون لمحمد فوزي فيض
الله (رسالة دكتوراه بالأزهر الشريف) سنة ١٩٦٢ م

١٣ — كتب القانون المدني

- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد للسنهوري طبعة
سنة ١٩٤٦ م .

- نظرية الالتزام في القانون المدنى لحشمت أبو ستيت طبعة
سنة ١٩٥٤ م.
- المسئولية المدنية لسلیمان مرقس طبعة سنة ١٩٥٨ م - ١٩٦٠ م.
- نظرية دفع المسئولية لسلیمان مرقس طبعة سنة ١٩٣٦ م.
- مصادر الالتزام للصدہ طبعة سنة ١٩٦٠ م.
- نظرية العقد في قوانين البلاد العربية للصدہ (عبد المنعم فرج
الصدہ) طبعة سنة ١٩٥٨ م.
- المسئولية المدنية لحسين عامر طبعة سنة ١٩٥٦ م.
- المسئولية المدنية في القانون المصرى لمصطفى مرعى طبعة
سنة ١٩٣٦ م.
- الالتزامات لحجازى عبد الحى الطبعة الأولى سنة ١٩٥٣ م.
- والطبعة الثانية سنة ١٩٥٨ م.
- مصادر الالتزامات لسلیمان مرقس (دار النشر للجامعات
بالقاهرة سنة ١٩٦٠ م).
- الفعل الضار لسلیمان مرقس (طبعة دار النشر للجامعات
بالقاهرة سنة ١٩٥٦ م).
- أصول الالتزامات للدكتور بهجت بدوى طبعة سنة ١٩٤٣ م
- القانون الرومانى لمحمد عبد المنعم بدر طبعة سنة ١٩٣٧ م
(مجموعة الأعمال التحضيرية) طبعة مصر .
- تقرير بيان المؤتمر القانونى طبعة سنة ١٩٣٧ م .
- النظرية العامة للوجبات لصبحى محمصان طبعة أولى (بيروت)
سنة ١٩٤٨ م .
- مجلة الأحكام العدليه طبعة ثانية بالأستانة سنة ١٢٩٨ هـ .
- القانون المدنى المصرى الجديد رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ م .
- القانون المدنى العراقى رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ م
- القانون المدنى التونسى، والمرأكشى، واللبى، واللبنانى، والسورى

١٤ — أهم المراجع الأجنبية :

- 1—The Ancient Law — Sir. F. Pollock —
(2nd Edition Vol. II 1911).
- 2—The Law of Torts — By Sir John Salmond
(Fifth Edition).
- 3—Law of Torts — Wiliam L. Prosser (Amercan Law).
- 4—Underhill Law of Torts
(Ninth Edition 1911).
- 5—Underhill Law of Torts
(16th Edition).
- 6—The Law of Torts, by Sir. J. Salmond
(12th Edition).
- 7—The Law of Torts, by Sir. Pollock.
- 8—Introduction to English Law. James —
(Third Edition).
- 9—Fundamentals of Soviet Law, by P. S. Ramashkin
- 10—Winfield on Torts.
(Seventh Edition.)
- 11—Clerk and Lindsell on Torts
(Fourth Edition).

فهرس

الموضوع	الصفحة
إهداء	
فاتحة الرسالة	٥
أهمية المسؤولية بوجه عام	٦
خطة البحث	٨

الباب التمهيدي

نظرية الالتزام ومركز المسؤولية التقصيرية منها .

تمهيد	١١
-------	----

الفصل الأول

نظرية الالتزام

المبحث الأول : (١) تعريف الالتزام في الشريعة	١٦
(٢) تعريف الالتزام في القانون	١٨
(٣) أهمية نظريه الالتزام	٢١

(٤) عناصر الالتزام

المبحث الثاني : (١) مصادر الالتزام في الشريعة	٢٤
---	----

(٢) مصادر الالتزام في الشريعة والقانون	٢٥
--	----

(٣) مصادر الالتزام وترتيبها في فقه الشريعة والقانون	٢٧
---	----

المبحث الثالث : (١) مركز المسؤولية التقصيرية من الالتزام	٣٠
--	----

الفصل الثاني

في تاريخ تطور المسؤولية التقصيرية

الموضوع	صفحة
الفصل الثاني	
شروط الضمان	
المبحث الأول : شروط الضمان في فقه التشريع الإسلامي	٨٤
الشرط الأول التعدي	٨٥
أنواع التعدي	٨٨
الشرط الثاني : الضرر	٩٣
أنواع الضرر	٩٣
الشرط الثالث : العلاقة بين الضرر والتعدي	٩٤
أقسام العلاقة بين التعدي والضرر	٩٤
المبحث الثاني : أركان المسؤولية بإيجاز في القانون	٩٦
الركن الأول : الخطأ	
(المطلب الأول) : أنواع الخطأ	٩٩
(المطلب الثاني) : أحوال انعدام الخطأ	١٠٠
(المطلب الثالث) : أهم أحوال انعدام الخطأ	١٠٢
الركن الثاني : الضرر	١٠٥
أنواع الضرر	١٠٦
الركن الثالث : رابطة السببية	١٠٧
تعدد الخطأ	١٠٩
الفصل الثالث	
أحكام الضمان	
المبحث الأول : أحكام الضمان أو المسؤولية التقصيرية في الشريعة الإسلامية	١١١

الموضوع	صفحة
طريقة الضمان في الفقه الاسلامى	١١١
<u>المبحث الثانى : أحكام المسؤولية التقصيرية فى القانون</u>	١١٤
التعويض	١١٥
موازنة بين الفقه الاسلامى والقانون فى التعويض	١١٥
<u>المبحث الثالث : سقوط الدعوى بالتقادم</u>	١١٦
(المطلب الأول) : التقادم فى فقه الشريعة الاسلامية	١١٦
(المطلب الثانى) : التقادم فى القانون	١١٧
<u>المبحث الرابع : العوض فى الفقه الاسلامى والقانون</u>	١١٧
الاتفاقات الخاصة وأثرها فى فقه الشريعة الاسلامية	١٢١
<u>المبحث الخامس : دعوى المسؤولية التقصيرية</u>	١٢٢
(المطلب الأول) دعوى المسؤولية التقصيرية	١٢٢
فى فقه الشريعة	
(المطلب الثانى) دعوى المسؤولية التقصيرية	١٢٤
فى القانون	

الباب الثانى

مسئولية الانسان عن فعل غيره الانسان

تمهيد (١) المسؤولية الفردية فى الشريعة

(٢) المسؤولية الفردية فى القانون

الفصل الاول

مسئولية الراعى عن من تحت رعايته

المبحث الاول : مسؤولية الراعى عن من تحت رعايته فى الشريعة

المبحث الثانى : مسؤولية الرقيب عن من تحت رقبته فى القانون

صفحة	الموضوع
١٤١	موازنة بين فقه الشريعة والقانون في مسؤولية الراعى أو الرقيب عن تحت رقابته
١٤٥	الفصل الثانى مسئولية المتبوع عن التابع
	تمهيد
١٤٥	المبحث الأول : شروط وأساس مسؤولية المتبوع
١٤٦	أساس مسؤولية المتبوع فى فقه الشريعة والقانون
١٤٧	المبحث الثانى : مسؤولية المسكره فى الشريعة والقانون معيار الاكراه
١٥٥	المبحث الثالث : مسؤولية الأمر فى فقه الشريعة الإسلامية
١٥٨	تنفيذ الأمر الصادر من السلطان أو من فى حكمه وغيره
١٦٠	د د د من الرئيس فى القانون
١٦١	المبحث الرابع : مسؤولية الدولة عن عمالها
١٦١	(المطلب الأول) ضمان الدولة عن عمالها فى فقه الشريعة
١٦٤	(المطلب الثانى) مسؤولية الدولة عن موظفيها فى القانون
	المبحث الخامس : مسؤولية المؤجر عن الأجير
١٦٦	(المطلب الأول) مسؤولية المؤجر عن الأجير الخاص فى فقه الشريعة الإسلامية
	(المطلب الثانى) مسؤولية المؤجر عن الأجير فى القانون
	المبحث السادس : مسؤولية السيد عن الرقيق فى فقه الشريعة الإسلامية

الباب الثالث

المسئولية عن فعل الحيوان الفصل الأول

- المسئولية عن فعل الحيوان في فقه الشريعة الاسلاميه بوجه عام ١٧٥
(المطلب الأول) شروط الضمان في جنائية الحيوان ١٨٦
(المطلب الثاني) أمثلة لبيان الضرر في حال التسبب ١٩٠
الفصل الاول

المسئولية عن فعل الحيوان في القانون

- المبحث الأول : المسئولية عن فعل الحيوان في بعض قوانين
البلاد العربية بوجه عام
(المطلب الأول) من يسأل عن فعل الحيوان
(المطلب الثاني) ما يشترط في الحيوان
(المطلب الثالث) فعل الحيوان الذي تقوم به ٢٠٣
المسئولية المفترضة
(المطلب الرابع) المستفيد من المسئولية المفترضة ٢٠٣
(المطلب الخامس) أساس هذه المسئولية ٢٠٤
وطريقه دفعها
(موازنة عامة)
المبحث الثاني : المسئولية عن فعل الحيوان في القانون العراقي ٢٠٨
بوجه خاص .

الموضوع	صفحة
أحوال الخطأ السلبي	٢٠٩
أحوال الخطأ الإيجابي	
أحوال لا ضمان فيها	
الشخص الذي عليه ضمان جنائية العجباء في الشريعة	٢١٢
مسئولية حارس الحيوان مفترضة في حالة واحده	٢١٣

الباب الرابع

المسئولية عن فعل الجمادات

تمهيد :

الفصل الأول

المسئولية عن فعل الأبنية وملحقاتها في الشريعة والقانون

المبحث الأول : المسئولية الناتجة عن سقوط الحيطان والأبنية
في الشريعة

(المطلب الأول) شروط تحقق المسئولية عن
سقوط البناء

(المطلب الثاني) أحكام الحائط المشترك بين عدة
مالكيين والآيل للسقوط

(المطلب الثالث) الضرر الناتج من عدم رفع الانقاض

(المطلب الرابع) وقوع بعض الجمادات المنقولة

(المطلب الخامس) سقوط ما يلحق بالحائط من
الشرفات والمصاعد والميازيب والأجنحة

الموضوع	صفحة
<u>المبحث الثاني : المسؤولية عن فعل الأيذية وملحقاتها في القانون</u>	٢٣٤
(المطلب الأول) مسؤولية مالك البناء	٢٣٤
(المطلب الثاني) شروط مسؤولية حارس البناء	٢٣٥
(المطلب الثالث) من يستفيد من المسؤولية	٢٣٦
(المطلب الرابع) أساس المسؤولية المفترضة	٢٣٦
(المطلب الخامس) المطالبة ببدء خطر تهدم البناء	٢٣٧

الفصل الثاني

التبعة عن فعل الآلات وملحقاتها في الشريعة والقانون

المبحث الأول : التبعة عن فعل الآلات وملحقاتها في التشريع الإسلامي

(المطلب الأول) اصطدام السفن	٢٤٠
(المطلب الثاني) التبعة الناجمة من الجمادات الخطرة	٢٤٣

المبحث الثاني : المسؤولية عن فعل الآلات وملحقاتها في قوانين البلاد العربية

(المطلب الأول) ما يشترط لقيام المسؤولية	٢٤٦
(المطلب الثاني) من يستفيد من المسؤولية المفترضة	٢٤٩
(المطلب الثالث) أساس هذه المسؤولية	٢٥٠

المبحث الثالث : نظرية تحمل التبعة في الشريعة والقانون

الموضوع	الصفحة
خاتمة :	٢٦٣
١ - تطور المسؤولية التقصيرية (في القانون المصرى)	٢٦٧
(أ) الفرع الثانى : المسؤولية عن عمل الغير	٢٦٨
(ب) الفرع الثالث المسؤولية الناشئة عن الأشياء	٢٦٩
٢ - تطور المسؤولية التقصيرية (فى القانون السورى)	٢٧٠
(أ) المسؤولية عن عمل الغير	٢٧١
(ب) المسؤولية الناشئة عن الأشياء	٢٧٢
(ملاحظات عن التقنين المصرى)	٢٧٤
(ملاحظات على التقنين الفرنسى)	٢٧٤
٣ - تطور المسؤولية التقصيرية (فى القانون العراقى)	٢٧٥
الفرع الثانى من القانون العراقى	٢٧٧
ملاحظات عامة فى التقنين العراقى	٢٨١
٤ - تطور المسؤولية التقصيرية (فى القانون التونسى)	٢٨٢
ملاحظات عامة فى التقنين التونسى	٢٨٦
٥ - تطور المسؤولية التقصيرية (فى القانون السودانى)	٢٨٨
(تقنين مقترح من وضعنا)	٢٨٩

أهم المراجع

في الشريعة الإسلامية والقانون:

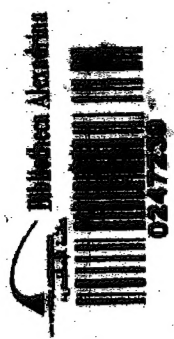
- | | | |
|-----|--------------------|-----------------------------|
| ٢٩٤ | (٢) الحديث | (١) التفسير ٢٩١ |
| ٢٩٦ | (٤) الفقه المالكي | (٣) الفقه الحنفي ٢٩٤ |
| ٢٩٨ | (٦) الفقه الحنبلي | (٥) الفقه الشافعي ٢٩٧ |
| ٢٩٨ | (٨) الفقه الشيعي | (٧) الفقه الظاهري ٢٩٨ |
| ٢٩٩ | (١٠) كتب اللغة | (٩) الفقه المقارن ٢٩٨ |
| ٣٠٠ | (١٢) الرسائل | (١١) الكتب الحديثة ٢٩٩ |
| ٣٠٢ | (١٤) مراجع افرنجية | (١٣) كتب القانون المدني ٣٠٠ |
| | | (١٥) الفهرس ٣٠٣ |

* * *

خطأ وتصويب

صفحة	سطر	خطأ	صواب
٧٤	٥	اختلفوا	اختلفوا
٧٧	١١	مثلا	مثل
١٦٣	٣	الرى	الرأى
١٨٣	١	الظالم	العامل
١٨٦	١٧	الكفاح	الانكاح
٢٤٦	١٦	التقنينان	التقنينين
٢٤٨	٨	الفعالة	العلاقة
٢٥٩	٦	خلاقا	خلاف
٢٧٥	١	خطاه	خطئه
٢٨٤	٢	خطاه	خطؤه
٢٩٠	١١	موادا	مواد

الشمس ١٥٠ قرشاً



To: www.al-mostafa.com